Die

# Natur und Funktion

der

# Vorzugsrechte.

Eine rechtsvergleichende Studie.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

bei der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander Universität Erlangen

von

Ferdinand Knorr.

München, 1891.

Kgl. Hof- und Universitäts-Buchdruckerei von Dr. C. Wolf & Sohn.

Die

# Natur und Funktion

der

# Vorzugsrechte.

Eine rechtsvergleichende Studie.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

bei der

juristischen Fakultät

der

**Friedrich-Alexander Universität Erlangen**

von

Ferdinand Knorr.

**München, 1891.**

Kgl. Hof- und Universitäts-Buchdruckerei von Dr. C. Wolf & Sohn.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535709_0060

# Inhaltsverzeichnis.


Seite

I. **Einleitung.**

§ 1. Die Vorzugsrechte in der Rechtsterminologie . . . 1

II. **Allgemeiner Theil.**

§ 2. Die rechtliche Natur der Vorzugsrechte. Grundlegung 7

§ 3. Die rechtliche Natur der Vorzugsrechte. Weitere Ausführung . . . . . 16

§ 4. Vorzugsrecht und Pfandrecht . . . . . 22

§ 5. Vorzugsrecht und gesetzliches Pfandrecht . . . . 28

§ 6. Vorzugsrecht und privilegirtes Pfandrecht . . . . 32

§ 7. Vorzugsrecht und Vollstreckungspfandrecht . . . 35

§ 8. Vorzugsrecht und Zurückbehaltungsrecht . . . . 40

§ 9. Die Vorzugsrechte des französischen Rechts . . . 44

III. **Besonderer Theil.**

§ 10. Die allgemeinen Vorzugsrechte des Konkursverfahrens 50

§ 11. Die besonderen Vorzugsrechte des Konkursverfahrens. 56

§ 12. Die Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens in das unbewegliche Vermögen . . . . . 67

§ 13. Die Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens in das bewegliche Vermögen . . . . . 78

§ 14. Die Vorzugsrechte des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens . . . . . 90

IV. **Anhang.**

§ 15. Die Vorzugsrechte und der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich . . . . . 104

# I.
# Einleitung.

## § 1.
## Die Vorzugsrechte in der Rechtsterminologie.

Der natürlichen Vieldeutigkeit des Wortes Vorzugsrecht entspricht dessen schwankender Gebrauch in der Rechtsterminologie.

Der älteren Doktrin des Konkursrechts sind die Ausdrücke „ius praelationis“ oder statt dessen auch „privilegium praelationis“ geläufig. Die unmittelbare Verdeutschung der ersteren Bezeichnung ist das „Vorzugsrecht“.[1]) Jus praelationis und Vorzugsrecht dienen zur Bezeichnung der Bevorrechtigung eines Gläubigers im Konkurs sowohl dann, wenn die Forderung durch ein Pfandrecht verstärkt, als auch dann, wenn sie mit einem solchen nicht versehen ist.[2]) In ähnlicher Weise wird das Vorzugsrecht

[1]) Sehr zahlreiche Belege für diesen Sprachgebrauch bieten Kreittmayr's Anmerkungen zum 20. Kapitel der bayerischen Gerichtsordnung.

[2]) Kreittmayr a. a. O. Kap. 20 §§ 12, 14. Man unterscheidet, ob das Prälationsrecht mit einem ius reale hypothecae verknüpft ist oder nicht. Letzterenfalls wird vorzugsweise von einem privilegium personale, auch von einem privilegium personale simplex gesprochen.

auch in der neueren Literatur des gemeinen Rechts zunächst zur Bezeichnung der Konkursprivilegien[3]) und zwar sowohl der absoluten Konkursprivilegien — der ersten Konkursklasse — als auch der einfachen Konkursprivilegien — der vierten Konkursklasse — sodann aber auch zur Bezeichnung der Pfandprivilegien[4]) — der zweiten gemeinrechtlichen Konkursklasse — verwendet.

Was die grösseren Landesrechte angeht, so stellt das Preussische Allgemeine Landrecht zwar keine Vorzugsrechte, aber zahlreiche begrifflich verwandte „Vorrechte" für den Konkursfall auf. Das Oesterreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch erwähnt der Vorzugsrechte — in § 470 — nur, um sie in das Konkursrecht als dorthin gehörig zu verweisen. Dagegen behandelt der Code civil im 18. Titel des 3. Buches die „privilèges" als ein Rechtsinstitut des bürgerlichen Rechts. Er unterscheidet priviléges généraux sur les meubles, priviléges sur certains meubles, priviléges sur les immeubles, priviléges qui s'étendent sur les meubles et sur les immeubles, welch letztere übrigens mit den priviléges généraux sur les meubles zusammenfallen. Für alle diese Unterarten von Privilegien verwendet das französisch-deutsche Recht die Bezeichnung als „Vorzugsrechte".

Die Reichsjustizgesetze bedienen sich der Vorzugs-

---

[3]) Windscheid Pandekten 7. Aufl. II § 270 Ziff. 2 S. 64, Seuffert Pandekten 4. Aufl. II § 254 S. 57, Arndts Pandekten 10. Aufl. § 227 S. 394

[4]) Windscheid Pandekten 7. Aufl. I § 246 S. 743, Seuffert Pandekten 4. Aufl. I § 215 S. 293, Arndts Pandekten 10. Aufl. § 385 S. 667.

rechte als Bezeichnung der gewissen Gläubigern und Forderungen reichsrechtlich zu gewährenden Bevorrechtigungen eigentlich nicht. Insbesondere die Reichskonkursordnung spricht, soweit sie Bevorrechtigungen in Ansehung der gesammten Konkursmasse gewährt, von ‚Vorrechten', auch von „bevorrechtigten Forderungen", soweit sie Bevorrechtigungen in Ansehung einzelner Bestandteile der Konkursmasse zulässt, von „Absonderungsansprüchen" oder „Absonderungsrechten". Wenn die Reichsjustizgesetze von Vorzugsrechten sprechen, so haben sie dabei die landesrechtlichen Vorzugsrechte und insbesondere die Vorzugsrechte (priviléges) des französischen Rechts im Auge. In diesem Sinne wird in den Reichsjustizgesetzen der „Pfand- und Vorzugsrechte", „Pfand- oder Vorzugsrechte", auch der „Pfand- und Hypothekenrechte, Vorzugsrechte sowie Zurückbehaltungsrechte an Gegenständen der Konkursmasse" Erwähnung gethan.[5]) Uebrigens hat die Doktrin sich in Ansehung der Verwendung des Begriffs der Vorzugsrechte die gleiche Zurückhaltung nicht auferlegt. Sie spricht von Vorzug rechten sowohl mit Bezug auf die Vorrechte[6]) als auch auf die Absonderungsrechte oder doch gewisse Absonderungsrechte[7]) der Reichskonkursordnung.

---

[5]) Reichscivilprozessordnung §§ 709, 710, Einführungsgesetz zur R.-C.-Pr.-O. § 23, Reichskonkursordnung § 12, Einführungsgesetz zur R.-K.-O. § 12.

[6]) Z. B. Mandry der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 2. Aufl. S. 347 ff.

[7]) Z. B. v. Sarwey, Commentar zur Konkursordnung 2. Aufl. Note 1 zu § 41 S. 356. „Spezialvorzugsrechte".

Eine sehr ausgedehnte Verwendung haben die Vorzugsrechte — auch abgesehen von dem Rechtsgebiete des pfälzischen (französischen) Rechts — in der neueren bayerischen Landesgesetzgebung gefunden. Schon die bayerische Civilprocessordnung vom 29. April 1869 spricht mehrfach — in Artt. 902, 920, 938 Ziff. 2 — von einem „Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht oder einem sonstigen besonderen Vorzugsrecht" an der gepfändeten Sache. Das bayerische Gesetz zur Ausführung der Reichscivilprocessordnung und Konkursordnung vom 23. Februar 1879 schafft — in Art. 140 — neue Vorzugsrechte an beweglichen Sachen auch für das Rechtsgebiet rechts des Rheins. „Vorrangsrechte" behandeln die Artt. 155 und 156 des gleichen Gesetzes aus Anlass der Neuregelung des für das Gebiet des Preussischen Allgemeinen Landrechts bestehenden erbschaftlichen Liquidationsverfahrens. Mit besonderer Vorliebe verwendet die bayerische Subhastationsordnung vom 23. Februar 1879 den Begriff des Vorzugsrechts. Zunächst wird — nach Art. 9 — durch die Beschlagnahme ein „Vorzugsrecht" zu Gunsten des Beschlagnahmegläubigers erzeugt. Nach Art. 10 kommt übrigens auch den sämmtlichen Hypothek- und Ewiggeldgläubigern, ferner den Gläubigern, welche mit einem Privilegium des pfälzischen (französischen) Rechts versehen sind, endlich auch dem zur Zurücknahme des Grundstücks befugten Vorbesitzer ein „Vorzugsrecht" zu. Des weiteren ist auch das Recht der öffentlichen Kassen in Ansehung der öffentlichen Abgaben, aus dem Kaufgeld vorweg befriedigt zu werden, nach Art. 37 Abs. 1 der Novelle ein „Vorzugsrecht". Der Be-

schlagnahmegläubiger, welcher zugleich Realgläubiger ist, hat eigentlich ein doppeltes Vorzugsrecht, nämlich dasjenige, welches ihm als Beschlagnahmegläubiger, und dasjenige, welches ihm als Realgläubiger zuzukommen hat. Dem Beschlagnahmegläubiger gewährt das Gesetz nach seiner Wortfassung ein „Vorzugsrecht“ auch dann, wenn er der letzte in der Reihe der mittelst des Verfahrens zu befriedigenden Gläubiger ist!

Die obigen Beispiele dürften eine unverkennbare Neigung der Doktrin und Gesetzgebung darthun, die Bezeichnung Vorzugsrecht auf ganz verschiedenartige Fälle anzuwenden, in welchen ein Vorrang eines Gläubigers oder einer Forderung vor anderen Gläubigern oder Forderungen gegeben ist. Diese Neigung geht so weit, dass schliesslich von einem Vorzugsrecht des Faustpfandgläubigers[8]), einem Vorzugsrecht des Hypothekgläubigers vor dem Beschlagnahmegläubiger[9]), ja sogar von einem Vorzugsrecht des älteren Hypothekgläubigers vor dem jüngeren Hypothekgläubiger[10]) gesprochen wird. Man darf wohl sagen: Wo immer ein Gläubiger einen Vorrang, eine bevorzugte Rechtslage gegenüber anderen Gläubigern — gleichviel aus welchem Rechtsgrunde — beanspruchen kann, da stellt zur rechten Zeit als ein allzeit gefügiger terminus technicus das Vorzugsrecht sich ein.

[8]) So Art. 2102 No. 2 des code civil und auch noch Art. 199 des bayerischen Gesetzes zur Ausführung der R.-C.-Pr.-O. und K.-O.

[9]) So Art. 10 der bayerischen Subhastationsordnung.

[10]) So sprechen die Anmerkungen zur bayerischen Gerichtsordnung in Kap. 20, § 12 von einem privilegium praelationis, welches „die ungefreiten Hypothekarien unter sich ex sola prioritate temporis soweit zu geniessen haben, dass der ältere dem jüngeren präferirt wird.“

Dabei bleibt die rechtliche Natur der Vorzugsrechte zunächst völlig unklar. Sind die Vorzugsrechte ein Rechtsinstitut des Konkursrechts? oder des bürgerlichen Rechts? Für ersteres spricht deren Stellung im preussischen, österreichischen und gemeinen Recht, für letzteres ihre Behandlung im französischen Rechte. Besonders verworren erscheint das Verhältniss des Vorzugsrechts zum Pfandrecht. Ist das Vorzugsrecht etwa nur eine Seite des Pfandrechts und das Verhältniss beider etwa so aufzufassen, dass das Pfandrecht unter besonderen Umständen sich in ein Vorzugsrecht verwandelt? Dem steht entgegen, dass es doch zweifellos Vorzugsrechte gegeben hat und gibt, welche der pfandrechtlichen Grundlage entbehren. Oder steht das Vorzugsrecht neben dem Pfandrecht als ein selbstständiges dingliches Recht an der Sache? Diese Annahme wird dadurch unterstützt, dass häufig von Vorzugsrechten an bestimmten Vermögensstücken des Schuldners und insbesondere an beweglichen Sachen gesprochen wird. Aber dann können die Konkursprivilegien des gemeinen Rechts, die priviléges généraux des code civil und die Vorrechte der Reichskonkursordnung nicht als Vorzugsrechte angesprochen werden, da sie einer dinglichen Grundlage im Sinne des neueren Rechts entschieden ermangeln.

Nachstehend soll versucht werden, die rechtliche Natur und Funktion der Vorzugsrechte in bestimmterer Weise zu formuliren, als es bisher geschehen ist.

# II.
# Allgemeiner Teil.

Es wird zunächst sich darum handeln, eine präzise Begriffsbestimmung der Vorzugsrechte zu gewinnen.

Auf der Grundlage des gewonnenen Begriffes wird es möglich sein, die Vorzugsrechte gegenüber anderen Rechtsinstituten von ähnlicher Funktion in bestimmter Weise abzugrenzen.

## § 2.
## Die rechtliche Natur der Vorzugsrechte. Grundlegung.

Soll der Ausdruck Vorzugsrecht nicht gänzlich nichtssagend sein, so wird die gemeinsame Funktion aller Vorzugsrechte darin bestehen müssen, dass sie einem Gläubiger einen Vorzug, eine bevorzugte Rechtslage gegenüber anderen Gläubigern des gleichen Schuldners zu verschaffen bestimmt und geeignet sind. Voraussetzung für die Funktion des Vorzugsrechts muss demnach sein, dass die verschiedenen Gläubiger des gleichen Schuldners zu einander in unmittelbare Berührung treten. Eine solche Berührung findet nicht statt, solange die Fähigkeit des Schuldners, allen seinen Verbindlichkeiten zu genügen, nicht in Frage gestellt ist. Aber das friedliche Nebeneinander der Interessen der Gläubiger ver-

wandelt sich in einen erbitterten Interessenkampf, sobald der Zusammenbruch des Vermögens des Schuldners offenbar wird oder auch nur bevorsteht, sei es dass dieser Zusammenbruch sich mittelst des Konkurses oder lediglich im Wege des Zwangsvollstreckungsverfahrens vollzieht. Im Konkurse läuft der Gläubiger Gefahr, durch den Mitbewerb einer unerwartet grossen Zahl weiterer Gläubiger auf eine geringfügige Quote seines Guthabens beschränkt zu werden. Im Zwangsvollstreckungsverfahren kann es ihm begegnen, durch hurtigere und findigere Mitgläubiger von den vorhandenen und zur Befriedigung der Gläubiger geeigneten Vermögensstücken des Schuldners gänzlich ausgeschlossen zu werden. Es ist klar, von welcher Bedeutung für den Gläubiger ein Rechtsinstitut sein muss, welches ihm bei Eintritt des Vermögensverfalles des Schuldners eine bevorzugte Rechtslage gegenüber den weiteren Gläubigern und damit einen Schutz gegen die doppelte Verlustgefahr bietet, welche der Mitbewerb dieser Gläubiger nach dem Gesagten für ihn zur Folge hat.

Ein derartiges Sicherungsmittel scheint nun allerdings in dem Rechtinstitute des Pfandrechts bereits gegeben zu sein. Indem dem Pfandgläubiger an gewissen Vermögensstücken des Schuldners ein festes Recht eingeräumt wird, wonach er befugt ist, sich aus diesen Vermögensstücken gegebenenfalls mit Ausschluss anderer Personen zu befriedigen, vermag er der Möglichkeit des Vermögensverfalls seines Schuldners mit Ruhe entgegen zu sehen. Das Pfandrecht ist daher sehr wohl geeignet, dem Pfandgläubiger auch für den Fall des Mitbewerbes

anderer Gläubiger eine günstigere Rechtslage zu verschaffen.[11]) Aber dies ist nicht die einzige Aufgabe und auch nicht die nächste Aufgabe des Pfandrechts. Das Pfandrecht ist bestimmt, dem Gläubiger Schutz vor Verlustgefahr zunächst und unmittelbar gegenüber dem Schuldner zu gewähren. Das Pfandrecht soll insbesondere auch die Weggabe des Pfandstücks aus dem Vermögen des Schuldners teils — als Hypothek — für den Gläubiger unschädlich, teils — als Faustpfand — für den Schuldner unmöglich machen. Das Pfandrecht wirkt nur mittelbar auch in der Richtung gegen andere Gläubiger des Schuldners. Begriffsmässig kann der Pfandgläubiger recht wohl der einzige Gläubiger des Pfandschuldners sein.

Dagegen hat das Vorzugsrecht schon nach dem Wortsinn eine Konkurrenz von Gläubigern zur unerlässlichen Voraussetzung. Gegen die Person des Schuldners kann das Vorzugsrecht zunächst und unmittelbar wenigstens nicht gerichtet sein. Es kann nur ein Kampfmittel des Gläubigers in der Richtung gegen weitere Gläubiger seines Schuldners sein. Die Funktion des Vorzugsrechts wird im Gegensatz zu der des Pfandrechts darin gesucht und gefunden werden müssen, dass es dem Gläubiger eine bevorzugte Rechtslage unmittelbar gegenüber andern Gläubigern des gleichen Schuldners zu verschaffen hat.

[11]) Bayerische Gerichtsordnung Kap. 20 § 12: „In die achte Stelle kommen alle diejenigen, welche zwar nach Vorschrift der Rechte wegen des Vorzugs keine Freiheit, wohl aber sich selbst bedacht und auf des Schuldners Gütern eine General- oder Spezialhypothek und Versicherung haben."

Auf welchem Wege vermag eine solche unmittelbare Bevorrechtigung eines Gläubigers vor anderen Gläubigern verwirklicht zu werden?

Den Weg und zugleich den einzigen Weg hiezu bietet der Grundsatz, dass der Gläubiger seine Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners regelmässig nur mittelst eines öffentlichen, unter Mitwirkung der öffentlichen Gewalt sich vollziehenden Verfahrens suchen kann. Jedes öffentliche Befriedigungsverfahren [12]) vollzieht sich in der Weise, dass ein Organ der öffentlichen Gewalt kraft seines Amtes das Vermögen oder einzelne Vermögensstücke des Schuldners verwertet und den hiebei erzielten Erlös vereinnahmt, verwahrt und schliesslich in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise verwendet. Hier vermag das Gesetz zu Gunsten gewisser Gläubiger und Forderungen unmittelbar einzugreifen, indem es einerseits das mit der Verwendung des Erlöses betraute öffentliche Organ anweist, den zu bevorzugenden Gläubiger aus dem Erlös vor andern Gläubigern zu befriedigen, und indem es andrerseits dem zu bevorzugenden Gläubiger einen Anspruch verleiht, aus dem Erlös vor anderen Gläubigern befriedigt zu werden. Es wird dahingestellt bleiben können,

[12]) Es möge gestattet sein, diesen Ausdruck als gemeinsame Bezeichnung der verschiedenen Verfahrensformen zu gebrauchen, welche sich die Befriedigung eines Gläubigers oder einer Mehrzahl von Gläubigern aus dem Vermögen des Schuldners zur Aufgabe setzen.

ob die Amtspflicht des öffentlichen Organs zur vorzugsweisen Befriedigung eines gewissen Gläubigers aus dem Anspruch dieses Gläubigers auf vorzugsweise Befriedigung oder ob umgekehrt dieser Anspruch aus jener Amtspflicht abzuleiten sei. Amtspflicht und Anspruch bilden eben nur die beiden Seiten einer dem Gläubiger durch unmittelbaren Eingriff des Gesetzes gewährten Bevorrechtigung und diese Bevorrechtigung ist nichts anderes als das gesuchte Vorzugsrecht. Die Vorzugsrechte sind demnach gesetzliche Bevorrechtigungen gewisser Gläubiger oder Forderungen in Ansehung des in einem öffentlichen Befriedigungsverfahren erzielten Erlöses.

Hieraus ergibt sich eine doppelte Einteilung der Vorzugsrechte. Das Befriedigungsverfahren im weiteren Sinne gliedert sich im neueren Recht und insbesondere auch in der Reichsjustizgesetzgebung in das Konkursverfahren, das Zwangsvollstreckungsverfahren in das unbewegliche Vermögen und das Zwangsvollstreckungsverfahren in das bewegliche Vermögen. Dieser Dreiteilung entsprechend werden auch Vorzugsrechte des Konkursverfahrens, Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens in das unbewegliche Vermögen und Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens in das bewegliche Vermögen vorkommen können. Neben diesen drei Hauptformen des Befriedigungsverfahrens ist in einzelnen Landesrechten ein mehr oder weniger konkursähnliches Befriedigungsverfahren in Ansehung der

Liquidirung einer Erbmasse durch den Benefizialerben oder Nachlasspfleger ausgebildet.[13]) Der Nachlasspfleger vermag nicht mehr zu leisten, der Benefizialerbe braucht nicht mehr zu leisten, als soweit die Kräfte des Nachlasses zureichend sind. Aus dieser beschränkten Leistungspflicht entspringt im Falle der Unzulänglichkeit des Nachlasses für den einzelnen Gläubiger die gleiche Verlustgefahr, wie sie der bei Lebzeiten des Schuldners eintretende Vermögenszusammenbruch zur Folge hat. Allerdings ist bei nachweislicher Ueberschuldung des Nachlasses der Gläubiger die Eröffnung des Nachlasskonkurses zu beantragen befugt.[14]) Aber nach der Natur der Sache kann die Zulänglichkeit oder Unzulänglichkeit des Nachlasses sehr wohl zweifelhaft sein und erst in einem Zeitpunkt zweifellos werden, in welchem die Liquidirung des Nachlasses bereits erheblich vorgeschritten ist. Aber auch bei feststehender Ueberschuldung des Nachlasses werden die Beteiligten mitunter, insbesondere im Hinblick auf die Kostenfrage, den Nachlasskonkurs zu vermeiden wünschen.[15]) Der Nachlasskonkurs vermag daher das erbschaftliche Liquidationsverfahren nicht unbedingt zu ersetzen. In diesem Verfahren kommt nicht nur dem Nachlasspfleger, sondern ebenso auch dem Benefizialerben die Rolle eines gesetzlich bestellten Vermögensverwalters zu. Der Benefizialerbe erscheint nicht so fast

[13]) Ein solches Verfahren kennt das Preussische Allgemeine Landrecht, sodann in weniger ausgebildeter Form auch das französische Recht.

[14]) Reichskonkursordnung § 203.

[15]) Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. V S. 654, 655.

als ein Schuldner, welcher seine Gläubiger bezahlt, sondern mehr als ein Verwalter, welcher den Nachlass im Interesse der beteiligten Gläubiger verwertet.[16]) Da das erbschaftliche Liquidationsverfahren sonach der Natur eines Befriedigungsverfahrens im obigen Sinne keineswegs entbehrt, so vermag es auch zur Gewährung gesetzlicher Bevorrechtigungen gewisser Gläubiger vor anderen Gläubigern Gelegenheit zu bieten. Den bereits genannten Klassen von Vorzugsrechten reihen sich demnach die Vorzugsrechte des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens an.

Auch eine weitere Einteilung der Vorzugsrechte hängt mit der Verschiedenheit der Formen des Befriedigungsverfahrens aufs engste zusammen. Das Konkursverfahren ergreift das ganze verwertbare Vermögen des Gemeinschuldners nach seinem Stand im Zeitpunkt der Konkurseröffnung. Die Einzelerlöse der verschiedenartigsten Vermögensstücke fliessen hier in eine Erlösmasse zusammen. Aehnliches findet im erbschaftlichen Liquidationsverfahren statt. Dagegen kann das Zwangsvollstreckungsverfahren begriffsmässig nur die einzelnen Vermögensstücke des Schuldners ergreifen. Es kann nun das Gesetz eine Bevorrechtigung im obigen Sinne ganz allgemein in Ansehung einer durch das Verfahren zu erzielenden Erlösmasse gewähren; solche Bevorrechtigungen können nur im Konkursverfahren und im erbschaftlichen Liquidationsverfahren vorkommen; sie werden passend allgemeine Vorzugsrechte genannt. Oder es kann das Gesetz die zu gewährende Bevorrechtigung auf den

[16]) A. L. R. I, 9 §§ 443, 444, 445, Code civil artt. 803, 804

Einzelerlös bestimmter Vermögensstücke des Schuldners zu beschränken veranlasst sein; derartige Bevorrechtigungen setzen nach der Natur der Sache bestimmte Beziehungen des Gläubigers zu demjenigen Vermögensstück des Schuldners voraus, dessen Erlös Gegenstand der Bevorrechtigung sein soll; solche Bevorrechtigungen können sowohl im Konkursverfahren und erbschaftlichen Liquidationsverfahren als auch im Zwangsvollstreckungsverfahren vorkommen; für sie wird die Bezeichnung als besondere Vorzugsrechte zutreffend sein.

Nach der Verschiedenheit der Formen des Verfahrens wird die Art der Geltendmachung der Vorzugsrechte erhebliche Verschiedenheiten aufzeigen müssen. Dagegen kann die rechtliche Natur der Vorzugsrechte in den genannten Fällen eine verschiedene nicht sein. Auch auf den Umfang der Zulassung von Vorzugsrechten in dem einzelnen Rechtssystem kann die Verschiedenheit der Formen des Verfahrens einen Einfluss nicht haben. Die gleichen Gründe werden stets für die Gewährung oder Nichtgewährung des Vorzugsrechts sowohl in dem einen als in dem andern Verfahren sprechen müssen. So haben sich die allgemeinen Vorzugsrechte des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens nach der Natur der Sache nach den allgemeinen Vorzugsrechten des Konkursverfahrens zu richten. Ebenso werden sich die besonderen Vorzugsrechte des Konkursverfahrens regelmässig auch im Zwangsvollstreckungsverfahren und im erbschaftlichen Liquidationsverfahren vorfinden müssen.

Was die Stellung der Vorzugsrechte im Rechtssystem anbelangt, so ist daran festzuhalten, dass

Vorzugsrechte im Sinne der obigen Ausführungen ausserhalb eines öffentlichen Befriedigungsverfahrens überhaupt nicht gedacht werden können. Durch die Einleitung des Befriedigungsverfahrens werden die Voraussetzungen für die Gewährung derartiger Bevorrechtigungen erst geschaffen. Vor der Einleitung des Verfahrens ist demnach ein Vorzugsrecht gewissermassen als „wohlerworbenes Recht" überhaupt nicht vorhanden. Vorhanden ist lediglich die Qualifikation des Gläubigers und der Forderung zur Gewährung eines Vorzugsrechts für den Fall, dass es zu einem Befriedigungsverfahren in der Richtung gegen den Schuldner kommen sollte.[17]) Ebenso kann nach Beendigung des Verfahrens von einem Vorzugsrecht nicht mehr die Rede sein. Es ist kein öffentliches Organ mehr vorhanden, gegen welches ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus einem Gesammterlös oder Einzelerlös gerichtet werden könnte. Es ist kein Erlös mehr vorhanden, welcher zur vor-

[17]) Vgl. Reichsgerichtl. Entsch. Bd. III No. 15 S. 40, woselbst weder für die obige, noch für die gegenteilige Auffassung entschieden wird. Nach der gegenteiligen Auffassung kann z. B. der mehrfache Millionär A den Arzt B nicht konsultiren, ohne dass letzterer zugleich mit seiner Honorarforderung sofort auch ein Vorrecht aus § 54 Ziff. 4 der Konkursordnung in der Richtung gegen A erwirbt, welches allerdings zunächst und bis zur erfolgten Konkurseröffnung über das Vermögen des A als ruhend gedacht wird. Ebenso hat der Gastwirt C, bei welchem der Millionär A abgestiegen ist, sofort ein Absonderungsrecht aus § 41 Ziff. 5 der Konkursordnung an dem Reisegepäck seines Gastes erworben. Auch dieses wohlerworbene Recht vermag Mangels eines Konkurses über das Vermögen des A zunächst noch nicht ausgeübt zu werden!

zugsweisen Befriedigung eines Gläubigers vor andern Gläubigern verwendet werden könnte.[18]) Das Vorzugsrecht kann eben nur im Verfahren und mittelst des Verfahrens geltend gemacht werden. Bei dieser engsten Verbindung der Vorzugsrechte mit dem Verfahren darf die Lehre von den Vorzugsrechten von den sonstigen Vorschriften des Konkursverfahrens, Vollstreckungsverfahrens und erbschaftlichen Liquidationsverfahrens nicht losgelöst werden. Insoweit man diese Vorschriften in das öffentliche Recht zu stellen pflegt, gehören auch die Vorzugsrechte dem öffentlichen Recht, nicht dem bürgerlichen Recht an. Zutreffender wird man sie als ein Rechtsinstitut gemischter Natur, teils auf dem bürgerlichen Recht, teils auf dem öffentlichen Recht beruhend, bezeichnen, wie ja im Konkursrecht, Prozessrecht und in der freiwilligen Rechtspflege auch sonst vielfach Elemente des bürgerlichen Rechts und des öffentlichen Rechts zu einem untrennbaren Ganzen vereinigt sind.

## § 3.

## Die rechtliche Natur der Vorzugsrechte. Weitere Ausführung.

Aus dem oben gewonnenen Begriff des Vorzugsrechts sollen zunächst einige Folgerungen gezogen werden.

Der Rechtssatz, welcher ein Vorzugsrecht gewährt, hat die Natur einer Rechtsvergünstigung, also eines Privilegiums im

[18]) Reichsgerichtl. Entsch. Bd. XII No. 105 No. 372.

weiteren Sinne des Wortes.[19]) Jedes Vorzugsrecht bedingt eine Durchbrechung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes. Im Konkursverfahren vollzieht sich die Gewährung des Vorzugsrechts entgegen dem Grundsatz der Gleichberechtigung aller Gläubiger, im Zwangsvollstreckungsverfahren entgegen dem Grundsatz der besseren Berechtigung des früheren Zugriffs eines Gläubigers. Eine Steigerung erfährt das Privilegium entsprechend der Natur der Sache im Zwangsvollstreckungsverfahren in das unbewegliche Vermögen. Der Realkredit pflegt in der Regel erschöpft zu sein, bevor der Vermögensverfall des Schuldners auch nach aussen kundbar wird. Mit einem Vorrecht im Nachgange zu den Hypothekgläubigern und lediglich vor den Kurrentgläubigern wäre dem zu bevorzugenden Gläubiger häufig nur wenig oder gar nicht gedient. Er wäre vielfach vor die Wahl gestellt, das Grundstück selbst zu übernehmen oder die Forderung zu verlieren. Allerwärts lässt deshalb das Subhastationsverfahren Vorzugsrechte auch vor dem bestberechtigten Hypothekgläubiger zu, sofern nur die zu bevorzugenden Forderungen regelmässig vorkommend und von verhältnismässig bescheidenem Umfang sind. Hier wird demnach auch der weitere Rechtsgrundsatz durchbrochen, wonach die lediglich persönliche Berechtigung der dinglichen Berechtigung keinen Eintrag zu thun vermag. Auch in anderer Weise tritt übrigens die Privilegiennatur der Vorzugsrechte deutlich hervor; zunächst in der Willkür, mit

[19]) Schon das römische Recht spricht von einem privilegium exigendi, einem creditor privilegiarius!

welcher in dem einzelnen Rechtssystem das eine oder das andere Vorzugsrecht zugelassen oder ausgeschlossen wird; ferner darin, dass das Gesetz für die Gewährung des Vorzugsrechts vielfach ein bestimmtes zeitliches Verhältnis zwischen dem Erwerb der Forderung und dem Beginn des Befriedigungsverfahrens, also gewissermassen eine zeitliche Qualifikation neben der sonstigen Qualifikation der Forderung voraussetzt; endlich auch darin, dass unter den bevorzugten Forderungen selbst wieder gewissen Forderungen ein Vorrang vor anderen Forderungen eingeräumt und so eine Rangordnung bevorrechtigter Forderungen geschaffen wird. Auch das Gegenstück eines Vorzugsrechts, ein privilegium odiosum im Sinne des gemeinen Rechts, findet sich noch im neuesten Recht in der Vorschrift, dass gewisse Forderungen von der Teilnahme am Konkursverfahren kraft des Gesetzes ausgeschlossen sind.

Mit der Natur des Vorzugsrechts als eines Privilegiums hängt aufs engste die Beantwortung der Frage zusammen, ob auch der Erbe oder sonstige Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gläubigers das Vorzugsrecht beanspruchen kann. Nach der Lehre des gemeinen Rechts ist die Frage verneinend oder bejahend zu beantworten, je nachdem das Motiv der Bevorzugung in einer Eigenschaft des Gläubigers oder in einer Eigenschaft der Forderung zu suchen ist.[20]) Ersterenfalls pflegt die ältere Doktrin

[20]) Windscheid, Pandekten, 7. Aufl., II § 271 S. 65 zählt von zehn von ihm aufgeführten Konkursprivilegien fünf der ersteren, fünf der letzteren Klasse zu.

von einem privilegium personae, letzterenfalls von einem privilegium causae zu sprechen.[21]) Allerdings ist mit dieser Unterscheidung für sich allein eine allgemeine Lösung der obigen Frage noch nicht gegeben. Denn häufig wird eine bestimmte Eigenschaft des Gläubigers mit einer solchen der Forderung Hand in Hand gehen, und dann frägt es sich eben gerade, ob die Qualifikation des Gläubigers oder die der Forderung von entscheidender Bedeutung sein soll! Soweit freilich ein Gesetz alle Forderungen eines bestimmten Gläubigers für bevorzugt erklärt, kann die ausschliessend persönliche Natur der Bevorrechtigung nicht zweifelhaft sein. Aber solche Bevorrechtigungen kennt das neuère Recht überhaupt nicht. Es zeigt vielmehr eine entschiedene Neigung, den Grund des Vorrechts weniger in einer Eigenschaft des Gläubigers als in der Beschaffenheit der Forderung zu suchen. Diese Neigung tritt besonders im Preussischen Allgemeinen Landrecht,[22]) aber auch im französischen Recht hervor.[23]) Beide Rechte

[21]) Kreittmayr's Anmerkungen zur B. Gerichtsordnung Kap. 20 § 14: „Ob . . . das privilegium praelationis, welches den Gläubigern in den ersten sieben Stellen vor anderen Hypotheken eingeräumt ist, an andere cedirt, vererbt oder verhandelt werden könne, ist eine Frage, welche zwar Alexander pro venenosa (!) ansiehet, mithin unberührt lassen will, allein es kommt lediglich auf die Beschaffenheit des Privilegiums und darauf an, ob es causae vel personae gegeben sei. Im ersten Falle erstreckt es sich auf andere, im letzten Falle aber nicht."

[22]) A. L. R. I, 9 § 452: „Auch die Bezahlung der Erbschaftsgläubiger muss der Benefizialerbe nur in derjenigen Ordnung leisten, welche die Gesetze nach Beschaffenheit ihrer Forderungen vorschreiben."

[23]) Code civil art. 2095: Le privilége est un droit, que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires."

haben denn auch die Eingangs erwähnte Frage zu Gunsten des Rechtsnachfolgers entschieden.[24]) Die gleiche Anschauung wird von der Mehrheit der Rechtslehrer in Ansehung der Vorrechte der Reichskonkursordnung vertreten, wenn gleich die Reichskonkursordnung eine ausdrückliche Vorschrift zu Gunsten der Rechtsnachfolger nicht enthält.[25]) Meines Erachtens ist die hergebrachte Unterscheidung des privilegium personae und privilegium causae für das neuere Recht und speziell für die Lehre von den Vorzugsrechten überhaupt nicht zutreffend. Voraussetzung der Gewährung des Vorzugsrechts ist nicht so fast eine bestimmte Eigenschaft des Gläubigers oder der Forderung als vielmehr ein ganz bestimmtes rechtliches Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner oder genauer gesprochen ein ganz bestimmter Erwerbsgrund der Forderung. Es liegt auf der Hand, dass durch die Rechtsnachfolge an dem ursprünglichen Erwerbsgrund

---

[24]) A. L. R. I, 11 § 403: „Auf besondere Vorrechte, welche ‚der cedirten Forderung in Rücksicht ihrer Natur und Beschaffenheit beigelegt sind, gehen selbst ohne ausdrückliche Uebertragung auf den neuen Inhaber mit über.“ Code civil art. 2112: ‚Les cessionaires de ces diverses créances privilégiées exercent tous les mêmes droits que les cédants en leur lieu et place.“

[25]) v. Sarwey, Konkursordnung Note 2a zu § 54 S. 483 2. Aufl., Petersen—Kleinfeller, Konkursordnung 2. Aufl. S. 261, v. Völderndorff, Konkursordnung 2. Aufl. S. 535. Mit der in einer Reichsgerichtl. Entscheidung Bd. III Nr. 15 S. 41 ausgesprochenen Ansicht, wonach die Reichskonkursordnung die Entscheidung der Frage dem Landesrecht habe vorbehalten wollen, wird man sich kaum befreunden können. Die Frage nach dem Umfang der durch die Konkursordnung gewährten Vorrechte kann doch sicherlich nur aus der Konkursordnung beantwortet werden!

der Forderung nichts geändert zu werden vermag. Das Vorzugsrecht wird daher vorbehaltlich einer gegenteiligen gesetzlichen Vorschrift auch dem Rechtsnachfolger zu Gute zu kommen haben. Uebrigens gilt dieser Satz hinsichtlich der besonderen Vorzugsrechte mit einer sehr wesentlichen Einschränkung. Voraussetzung der Gewährung dieser Vorzugsrechte ist neben einer bestimmten rechtlichen Beziehung des Gläubigers zum Schuldner in der Regel auch eine bestimmte thatsächliche Beziehung des Gläubigers zur Sache des Schuldners. Der Rechtsnachfolger wird daher das Vorzugsrecht nur dann beanspruchen können, wenn auch in seiner Person das gleiche thatsächliche Verhältnis zur Sache des Schuldners gegeben ist.[26])

Nach den obigen Ausführungen mag die Frage befremdlich sein, ob Vorzugsrechte auf dem Wege des Vertrags entstehen können. Die Art der Verwendung des mittelst eines Befriedigungsverfahrens zu erzielenden Erlöses kann nicht Gegenstand einer giltigen Vereinbarung zwischen dem Schuldner und gewissen Gläubigern oder zwischen Gläubigern des gleichen Schuldners unter sich sein. Eine Bevorrechtigung eines Gläubigers auf diesem Wege ist sowenig denkbar, als etwa umgekehrt ein Gläubiger von der Teilnahme an einem Befriedigungsverfahren durch Vertrag ausgeschlossen werden könnte.

[26]) Wenn z. B. A von B zugleich das Mietgebäude und die rückständige Mietzinsforderung gegen den Mieter C erworben hat, so wird er im Konkurs des C das Absonderungsrecht aus § 41 Ziff. 4 der K.-O. beanspruchen können, nicht aber, wenn er lediglich die rückständige Mietzinsforderung hat pfänden lassen.

Jus publicum privatorum pactis mutari non debet. Anders, wenn unter gewissen Voraussetzungen durch ausdrücklichen Rechtssatz dem Schuldner die Befugnis nachgelassen wird, einem Gläubiger Rechtsvorteile vor anderen Gläubigern für den Konkursfall einzuräumen. In diesem Sinne sind vertragsmässige Vorzugsrechte nicht undenkbar. Indessen hat weder das Reichsrecht noch eines der grösseren Landesrechte dem Schuldner eine derartige weitgehende Befugnis gewährt. Die Reichsjustizgesetzgebung hat zwar den Landesrechten die Erhaltung bestehender vertragsmässiger Vorzugsrechte offen gelassen.[27]) Jedoch können für Forderungen, welche seit dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze erworben sind, derartige Vorzugsrechte nicht mehr begründet werden. Mit vollem Recht hat die Reichsjustizgesetzgebung dieses Rechtsinstitut zum Aussterben verurteilt. Ein vertragsmässiges Vorzugsrecht ist ein innerer Widerspruch, eine gesetzgeberische Missbildung.

## § 4.

## Vorzugsrecht und Pfandrecht.

Auf der Grundlage der gewonnenen Ergebnisse ist nunmehr zunächst die Grenzlinie zwischen dem Vorzugsrecht und dem Pfandrecht aufzusuchen.

Wie verschieden auch das Institut des Pfandrechts in den verschiedenen Rechtssystemen ausgestaltet sein mag, so hat es doch stets die Natur einer dinglichen

[27]) Einführungsgesetz zur R.-C.-Pr.-O. § 23, Einführungsgesetz zur R.-K.-O. § 12. Die auf Grund des § 17 Ziff. 3 des letzteren Gesetzes etwa landesgesetzlich zugelassenen Vorrechte halte ich nicht für vertragsmässige Vorzugsrechte.

Berechtigung, eines Rechts an der Sache. Als Recht an der Sache fällt das Pfandrecht unter den höheren Begriff der Vermögensrechte. Eine eigenartige Stellung unter diesen Rechten nimmt das Pfandrecht insoferne ein, als es zur Bestärkung eines anderen Vermögensrechts, der Pfandforderung, dient und von dem Bestand der Pfandforderung abhängig, also ein Nebenrecht der Forderung ist.

Dem gegenüber ist das Vorzugsrecht zunächst sicherlich kein Recht an der Sache. Die neuere Rechtsentwicklung fordert mit gutem Grund als Unterlage jeder dinglichen Berechtigung ein Gewaltverhältnis der berechtigten Person über die den Gegenstand der Berechtigung bildende Sache. Zunächst ist klar, dass in Ansehung der allgemeinen Vorzugsrechte derartige Beziehungen des Gläubigers zu irgend welchen Vermögensstücken des Schuldners nicht bestehen. Bezüglich der besonderen Vorzugsrechte sind derartige Beziehungen des Gläubigers zu Vermögensstücken des Schuldners allerdings vielfach gegeben. Dies ist Veranlassung gewesen, dass die besonderen Vorzugsrechte nicht selten irriger Weise den Pfandrechten gleichgestellt worden sind.[28]) Aber auch hier besteht nur eine äusserliche und scheinbare Uebereinstimmung mit dem Pfandrecht. Bei den Vorzugsrechten geht dem rechtlichen Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner ein thatsächliches Verhältnis des Gläubigers zur Sache des Schuldners zur Seite, während das Pfandrecht nicht ein blos thatsächliches, sondern ein rechtliches Ver-

[28]) „Quasifaustpfandrechte". Vergl. Wilmowsky—Levy Konkursordnung Note 3 zu § 709 S. 840.

hältnis des Gläubigers zur Sache des Schuldners ist. Gegenstand des Vorzugsrechts ist überhaupt nicht eine bewegliche oder unbewegliche Sache oder ein sonstiges Vermögensstück des Schuldners, sondern, wie bereits ausgeführt wurde, der in einem öffentlichen Befriedigungsverfahren erzielte Erlös schuldnerischer Vermögensstücke. Ist das Vorzugsrecht kein dingliches Recht an der Sache, so darf es ebensowenig etwa als ein dingliches Recht an dem Erlös bezeichnet werden. Der Erlös gelangt zunächst überhaupt nicht in die Hand des bevorzugten Gläubigers, sondern in die Hand eines Organs der öffentlichen Gewalt, welches ihn kraft seines Amtes vereinnahmt, verwahrt und verwendet. Es besteht sohin kein Gewaltverhältnis des bevorzugten Gläubigers über den Erlös, welches als Grundlage für den Aufbau einer dinglichen Berechtigung an dem Erlös dienen könnte. In dem Augenblick aber, in welchem der Erlös in die Hand des zu befriedigenden Gläubigers gelangt, hört er auf, Erlös zu sein.[29]) Die Annahme eines dinglichen Rechts an dem Erlös scheint mir schon durch die Natur des Erlöses als einer Geldsumme und durch die gesetzlich normirte Eigenschaft des Geldes als einer vertretbaren Sache ausgeschlossen. Man kann doch nicht annehmen, dass den mit einem Vorrecht im Sinne der Reichskonkursordnung versehenen Gläubigern die ganze Teilungsmasse dinglich verhaftet sei. Der mit einem besonderen Vorzugsrecht versehene Gläubiger wird den Erlös beanspruchen können, auch nachdem derselbe in die Teilungsmasse gelangt ist, sofern nur überhaupt

[29]) Vgl. oben Note 18.

noch genügende Masse vorhanden ist. Und ebenso kann das Vorzugsrecht im Zwangsvollstreckungsverfahren in das bewegliche Vermögen doch nicht etwa dadurch verloren gehen, dass der Gerichtsvollzieher den Erlös mit anderen Erlösen oder mit eigenem Gelde vermischt hat. Das Vorzugsrecht ist eben kein Recht an dem Erlös, sondern nur ein Recht auf den Erlös oder richtiger ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös.

Es kann insbesondere nicht davon die Rede sein, auf das Vorzugsrecht etwa die Vorschriften des neueren Rechts über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers eines Pfandrechts analog anzuwenden. Gegenstand des Vorzugsrechts kann stets nur der Erlös eines Vermögenstückes des Schuldners sein. Dies folgt für das Konkursverfahren schon daraus, dass die Sache eines dritten nicht Bestandteil der Konkursmasse sein kann. Sie unterliegt der Aussonderung. Ebenso wenig kann die Zwangsvollstreckung auf Sachen eines Dritten ausgedehnt werden. Der Dritte kann der etwa begonnenen Zwangsvollstreckung durch Erhebung der Widerspruchsklage Einhalt thun. Endlich kann auch Gegenstand des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens eben nur sein, was zur Erbmasse, nicht aber was einem Dritten gehört. Es kann freilich vorkommen, dass irrtümlicher Weise auch die Sache eines Dritten mittelst des Befriedigungsverfahrens verwertet und dass an dem Erlös ein Vorzugsrecht beansprucht und berücksichtigt worden ist. Aber kann der bevorzugte Gläubiger den Erlös auch behalten? Kann ihm der Erlös nicht von dem Ersteigerer der Sache oder auch von dem früheren

Eigentümer der Sache wieder abgestritten werden, je nachdem das Recht des Eigenthümers die Zwangsversteigerung überdauert oder der Ersteigerer das Eigentum an der Sache erworben hat.[30]? Wenn aber der bevorzugte Gläubiger genötigt werden kann, den Erlös wieder herauszugeben, so tritt eben gerade der Erfolg ein, welchen die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers auszuschliessen bestimmt sind.

Das Vorzugsrecht entbehrt nicht nur der Natur einer dinglichen Berechtigung; es ist überhaupt kein Vermögensrecht im strengen Sinne des Wortes. Vor der Einleitung eines Befriedigungsverfahrens ist neben der Forderung ein weiteres selbstständiges oder accessorisches Recht des Gläubigers überhaupt nicht vorhanden. Mit der Einleitung des Befriedigungsverfahrens begründet das Vorzugsrecht allerdings einen „Anspruch" des Gläubigers. Dieser Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung richtet sich zunächst und unmittelbar weder gegen den Schuldner, noch gegen die weiteren beteiligten Gläubiger, sondern gegen das mit der Verwendung des Erlöses betraute öffentliche Organ. Er ist demnach nicht rein bürgerlich-rechtlicher Natur, vielmehr gemischter, teils bürgerlich-rechtlicher, teils öffentlich-rechtlicher Natur.[31])

[30]) Ob das eine oder das andere der Fall ist, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. Seuffert, Civilprozessordnung 2. Aufl. Anm. 2 zu § 690 S. 817.

[31]) Allerdings ist schon der Ausdruck „Vorzugsrecht" geeignet, zu der Auffassung des Vorzugsrechts als eines Nebenrechts der Forderung zu verleiten. Besser wäre es lediglich von „bevorrechtigten Gläubigern" oder „bevorrechtigten Forderungen"

Umgekehrt darf auch das Pfandrecht, soweit es in einem Befriedigungsverfahren zur Geltung gebracht wird, nicht etwa als ein Vorzugsrecht aufgefasst werden. Das Vorzugsrecht begründet einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung; aber nicht jeder Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung ist auf ein Vorzugsrecht zurückzuführen. Die vorzugsweise Befriedigung des mit einem Vorzugsrecht versehenen Gläubigers beruht auf einem Privilegium. Der Pfandgläubiger bedarf eines Privilegiums nicht, um vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der Pfandsache beanspruchen zu können. Der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung ist sein gutes Recht; er ist in dem Pfandrecht begriffsmässig und notwendig enthalten. Der Pfandgläubiger wird durch den Eintritt des Konkursverfahrens in seinen Befugnissen eher beschränkt; er verliert die Befugnis zur Weiterführung des Pfandgewahrsams, weil die übrigen Gläubiger mit Recht verlangen können, dass die Pfandsache baldigst verwertet und der etwaige Ueberschuss zur Teilungsmasse geschlagen wird. Mag aber auch die Ausübung des Pfandrechts durch das Verfahren beeinflusst werden, so ist es doch stets das Pfandrecht, nicht

---

zu sprechen. Ich finde es überhaupt missbräuchlich, Befugnisse und Ansprüche, welche sich aus einem Vermögensrecht herleiten, selbst wieder als „Rechte“ zu bezeichnen und so z. B. von einem Rücktrittsrecht und Kündigungsrecht, einem Kompensationsrecht und Retentionsrecht, einem Aussonderungsrecht und Absonderungsrecht zu sprechen. Solche Rechte dürften im Gegensatz zu den wirklichen Vermögensrechten als „unechte“ Rechte zu bezeichnen sein. Ein solches unechtes Recht ist auch das Vorzugsrecht.

eine von dem Pfandrecht unterscheidbare besondere Rechtsbefugnis, welche der Pfandgläubiger im Verfahren geltend macht.

Die gegensätzliche Funktion des Pfandrechts und des Vorzugsrechts lässt sich folgendermassen zusammenfassen:

Das Pfandrecht muss als erworbenes Recht vor Einleitung des Verfahrens vorhanden sein; es kann nach Beginn des Verfahrens nicht mehr erworben werden. Das Vorzugsrecht kann als erworbenes Recht vor Einleitung des Verfahrens nicht vorhanden sein; es wird gerade durch den Beginn des Verfahrens begründet. Das Pfandrecht bleibt wirksam im Verfahren und trotz des Verfahrens. Das Vorzugsrecht wird wirksam im Verfahren und mittelst des Verfahrens. Das Pfandrecht wird speziell im Konkursverfahren auf einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös beschränkt. Das Vorzugsrecht wird in der Form eines solchen Anspruchs gewährt. Das Pfandrecht ist ein Rechtsinstitut des bürgerlichen Rechts; es ist teils sachenrechtlicher, teils forderungsrechtlicher Natur. Das Vorzugsrecht ist ein Institut des Konkursrechts, des Prozessrechts und der freiwilligen Rechtspflege; wie diese Rechtsmaterien selbst vereinigt es Elemente des bürgerlichen und öffentlichen Rechts.

## § 5.

## Vorzugsrecht und gesetzliches Pfandrecht.

In verstärktem Grad berühren sich die Vorzugsrechte mit den gesetzlichen Pfand-

rechten. Auch die gesetzlichen Pfandrechte leiten ihre Kraft wohl weniger von einer stillschweigenden Vereinbarung des Gläubigers und des Schuldners als von ausdrücklicher Rechtssatzung her. Auch sie sind gleich den Vorzugsrechten Rechtsvergünstigungen, Privilegien im weiteren Sinne des Wortes. An früherer Stelle wurde ausgeführt, dass das Pfandrecht den Gläubiger zunächst und unmittelbar in der Richtung gegen den Schuldner zu sichern bestimmt sei. Zugleich wurde der mittelbaren Funktion des Pfandrechts gedacht, wonach es dem Gläubiger eine vorteilhaftere Rechtslage auch gegenüber anderen Gläubigern seines Schuldners gewährleistet. Diese mittelbare Funktion des Pfandrechts tritt gerade bei den gesetzlichen Pfandrechten besonders in den Vordergrund. Man kann wohl sagen, dass es gesetzliche Pfandrechte gegeben hat und noch gibt, welche eine Sicherung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner erst in zweiter Reihe, in erster Reihe dagegen die Sicherung des Gläubigers gegenüber dem etwaigen Mitbewerb weiterer Gläubiger des Schuldners bezwecken.[32]) Solche gesetzliche Pfandrechte sind eigentlich nichts anderes als in pfandrechtliche Formen gekleidete Vorzugsrechte. Vorzugsrechte und gesetzliche Pfandrechte fliessen denn auch im älteren und neueren Recht nicht selten derartig in einander über, dass die Grenze kaum aufzufinden ist. Vermag sohin das Gesetz die den Vorzugsrechten gestellte Aufgabe vielfach auch auf dem Wege oder besser Umwege der Gewährung eines gesetzlichen Pfandrechts zu verwirklichen,

[32]) Dies gilt besonders von den gesetzlichen Pfandrechten der Ehefrau an dem Vermögen des Ehemanns.

so darf wohl die Frage aufgeworfen werden, welchem dieser beiden konkurrirenden Rechtsinstitute vor dem anderen der Vorzug zu geben sei. Dem Interesse des Gläubigers wird natürlich mit einem gesetzlichen Pfandrecht in der Regel besser als mit einem „blossen Vorzugsrecht“ [33]) gedient sein. Das gesetzliche Pfandrecht gewährt ihm nach beiden Seiten Schutz gegenüber dem Schuldner und gegenüber den weiteren Gläubigern des Schuldners. Es ermöglicht ihm die Verfolgung der Sache in die dritte Hand, soweit diese Befugnis nicht zu Gunsten des dritten redlichen Erwerbers der Pfandsache eine Schranke gezogen ist. Es vermag unter Umständen sogar Vermögensstücke eines Dritten zu ergreifen, sofern nur der Gläubiger sie redlicher Weise für Vermögensstücke seines Schuldners halten durfte. Ist das Vorzugsrecht von geringerer praktischer Wirkung, so kann es den Vorzug grösserer theoretischer Folgerichtigkeit für sich in Anspruch nehmen. Es verfolgt sein Ziel auf dem geraden Weg, während das gesetzliche Pfandrecht häufig nur ein verkapptes Vorzugsrecht ist. Entscheidend für die Frage der Zulassung gesetzlicher Pfandrechte wird übrigens stets die Regelung sein müssen, welche das Pfandrecht überhaupt in dem einzelnen Rechtssystem erfahren hat. Die für die Giltigkeit des vertragsmässigen Pfandrechts aufgestellten Erfordernisse werden auch in Ansehung der gesetzlichen Pfandrechte festgehalten werden müssen, wenn nicht das ganze System

[33]) Diesen Ausdruck, welcher als Sprache des Gesetzes allerdings nicht sehr geschmackvoll ist, verwendet § 317 Abs. 2 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

in bedenklicher Weise durchbrochen werden soll. Das neuere Recht wird von dem Grundsatz des Erfordernisses der Offenkundigkeit des Pfandrechts beherrscht, welchem in Ansehung des Pfandrechts an Grundstücken nur das Buchpfand, in Ansehung des Pfandrechts an beweglichen Sachen nur das Faustpfand zu genügen vermag. Diesem Grundsatz haben allerwärts zunächst die gesetzlichen Pfandrechte am gesammten Vermögen des Schuldners erliegen müssen. Ferner haben sich die gesetzlichen Pfandrechte an Liegenschaften entweder in blosse gesetzliche Titel zur Hypothek oder auch in Vorzugsrechte umwandeln müssen. Die erstere Form der Bevorrechtigung wird dann am Platz sein, wenn es sich mehr darum handelt, einen Zwang zur Leistung gegen die Person des Schuldners auszuüben. Im übrigen wird das Vorzugsrecht als die weniger umständliche Form der Bevorrechtigung insbesondere dann sich empfehlen, wenn die Interessen der Realgläubiger gestatten, dasselbe in der Form eines Vorrangs auch vor den Realgläubigern zu gewähren. Der Grundsatz der Offenkundigkeit des Pfandrechts verlangt ferner zwar keine unbedingte Verwerfung der gesetzlichen Pfandrechte an beweglichen Sachen; wohl aber fordert er für die Gewährung des gesetzlichen Pfandrechts ein ähnliches Gewaltverhältnis des Gläubigers zur Sache des Schuldners, wie ein solches für den giltigen Erwerb eines Faustpfandrechts vorausgesetzt wird. Hiedurch werden insbesondere die praktisch wichtigen gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters und Verpächters an der eingebrachten Fahrnis des Mieters und Pächters, sowie auch des Verpächters an den Früchten des Pachtgrundstücks

getroffen. Man wird nicht ernstlich behaupten können, dass der Vermieter und Verpächter in Ansehung der eingebrachten Fahrnis oder der Verpächter in Ansehung der Früchte des Pachtgrundstücks Besitz oder Gewahrsam ausübe. Ein Rechtssystem, welches das Pfandrecht an beweglichen Sachen als Faustpfandrecht gestaltet, wird folgerichtig nur die Wahl haben, die erwähnten Bevorrechtigungen in der Form von Vorzugsrechten zu gewähren oder auf die Zulassung derartiger Bevorrechtigungen überhaupt zu verzichten.

## § 6.

## Vorzugsrecht und privilegirtes Pfandrecht.

Das Wesen der Pfandprivilegien besteht darin, dass ein Pfandrecht durch Rechtssatz mit einem bessern Rang gegenüber anderen Pfandrechten versehen wird, als er ihm nach der Zeitfolge der Entstehung eigentlich zukommen würde. Der Zweck dieses unmittelbaren Eingriffs des Gesetzes ist offenbar der, dem Pfandgläubiger eine bevorzugte Rechtslage gegenüber anderen Pfandgläubigern des gleichen Schuldners zu verschaffen. Die Aufgabe der Pfandprivilegien ist durchaus gleichartig mit der den Vorzugsrechten nach dem Inhalte der obigen Ausführungen gestellten Aufgabe. Die nahe Berührung der Funktion beider Rechtsinstitute beweist schon der Umstand, dass im römischen Recht Konkursprivilegien mehrfach nachträglich in Pfandprivilegien umgewandelt worden sind.[34]) Die privilegirten Pfandrechte unterscheiden sich jedoch von den Vorzugsrechten

[34]) Windscheid, Pandekten 7. Aufl. I § 246 Note 2 S. 744, II § 271 Note 2 S. 65.

in dem wesentlichen Punkte, dass die Rechtsvergünstigung in eine pfandrechtliche Form gekleidet ist. Indem das Pfandrecht durch Rechtssatz mit einem bevorzugten Range versehen wird, hört es nicht auf, ein Pfandrecht zu sein. Neben dem Pfandrecht ist aber für ein Vorzugsrecht als eine begrifflich selbstständige Bevorrechtigung kein Raum, da das Pfandrecht diejenigen Befugnisse bereits in sich enthält, welche das Vorzugsrecht im Befriedigungsverfahren dem Gläubiger verleiht. Der Vorrang, welchen das privilegirte Pfandrecht kraft Rechtssatzung geniesst, kann nicht gewissermassen von dem Pfandrecht losgelöst und als eine selbstständige Bevorrechtigung neben das Pfandrecht gestellt werden. Die Pfandprivilegien sind kraft Privilegiums mit einem bevorzugten Range versehene Pfandrechte, aber keine Vorzugsrechte.

Es ist klar, dass die Pfandprivilegien mit dem Grundsatz des Erfordernisses der Offenkundigkeit des Pfandrechts regelmässig nicht vereinbar sein werden. Die neuere Rechtsentwicklung ist ihnen denn auch nichts weniger als günstig gewesen. Eine ausgedehntere Verwendung haben die Pfandprivilegien in der neueren Zeit eigentlich nur noch im Seerecht gefunden. Hier sind die gesetzlichen Pfandrechte der Schiffsgläubiger nicht nur unter sich in einer sorgfältig abgestuften Rangordnung gegliedert, sondern auch dritten Gläubigern gegenüber durchweg mit einem privilegirten Rang versehen.[35]) Ein privilegirtes gesetzliches Pfand-

[35]) Handelsgesetzbuch artt. 772 ff., art. 779.

recht ist wohl auch das Recht, welches dem Zoll in Ansehung der zollpflichtigen Gegenstände durch §§ 14 und 100 des Vereinszollgesetzes mit Vorrang vor allen anderen Gläubigern eingeräumt ist. Ein Privilegium ähnlicher Art zu Gunsten der öffentlichen Kassen wegen öffentlicher Abgaben in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Gegenstände kennt das neuere preussische Recht. Das Preussische Ausführungsgesetz zur deutschen Konkursordnung vom 6. März 1879 bestimmt nämlich in § 6, dass das im § 41 No. 1 der deutschen Konkursordnung bestimmte Absonderungrecht den übrigen im § 41 der deutschen Konkursordnung bestimmten Absonderungsrechten vorgehen solle, und verordnet sodann in § 7, dass diese Vorschrift auch ausserhalb des Konkursverfahrens Anwendung zu finden habe. Es wird also gewissermassen ein Absonderungsrecht gegenüber anderen Absonderungsrechten für privilegirt erklärt. Welches ist die rechtliche Natur dieses privilegirten Absonderungsrechts? Hat es ein privilegirtes Pfandrecht zur Grundlage? Oder ist es ein privilegirtes besonderes Vorzugsrecht? Das vorerwähnte Preussische Ausführungsgesetz lässt die Frage unerörtert. Die Preussische Konkursordnung vom 8. Mai 1855, aus welcher die bezüglichen Vorschriften im wesentlichen entstammen, spricht von einem „Pfandrecht.“[36]) Es wird davon auszugehen sein, dass den Zoll- und Steuerbehörden in Ansehung der Beitreibung öffentlicher Gefälle wohl allerwärts Vollstreckungsbefugnisse eingeräumt sind.[37])

[36]) Preuss. Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 33 Ziff. 1, § 34.

[37]) So z. B. in Bayern den Rentämtern (Bekanntmachungen

Die Zurückbehaltung oder Beschlagnahme zoll- und steuerpflichtiger Gegenstände ist demgemäss als ein Akt der Zwangsvollstreckung oder wenigstens als ein Arrestschlag aufzufassen. Soweit daher nicht vor der Zurückbehaltung oder Beschlagnahme ein gesetzliches Pfandrecht zu Gunsten der öffentlichen Gefälle begründet war, ist das durch die Zurückbehaltung oder Beschlagnahme erzeugte Recht wohl nichts anderes als ein Vollstreckungspfandrecht und zwar genauer ein im Verwaltungswege entstandenes Vollstreckungspfandrecht.[38]) Dadurch, dass diesem Recht kraft besonderer Rechtsvergünstigung ein Vorrang vor anderen Bevorrechtigungen, welche zeitlich früher entstanden sind, beigelegt wird, wird an seiner rechtlichen Natur nichts geändert. Es ist also auch in diesem Falle kein Vorzugsrecht, sondern eben ein privilegirtes Vollstreckungspfandrecht.

## § 7.

## Vorzugsrecht und Vollstreckungspfandrecht.

Das Vollstreckungspfandrecht ist wohl dem Namen nach ein Pfandrecht; dem Wesen nach unterscheidet es sich grundsätzlich von dem vertragsmässigen oder auch gesetzlichen Pfandrecht.

vom 27. Sept. 1879 und 3. Nov. 1879 die Vorschriften über die Beitreibung der Staatsgefälle betreffend), den Hauptzollämtern (Gesetz zur Ausführung der R. C. Pr. O. und R. K. vom 23. Febr. 1879 art. 5), den Gemeinden (Gemeindeordnung vom 29. April 1869 art. 48 Abs. 3).

[38]) Aehnlich auch Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 2. Aufl. § 28 bei Note 26 S. 339.

Man wird dem Vollstreckungspfandrecht — trotz § 709 der Reichscivilprozessordnung — schwerlich die Natur eines dinglichen Rechts an der gepfändeten oder in Beschlag genommenen Sache beilegen können. Der Pfändungsgläubiger übt weder Besitz noch Gewahrsam an der gepfändeten Sache aus. Dem Beschlagnahmegläubiger steht in der Mehrzahl der Fälle bereits ein dingliches Recht an dem Grundstück zu; soll er durch die Beschlagnahme ein weiteres dingliches Recht hinzuerwerben? Kann sich jemand darauf berufen, dass er an der Sache eines Dritten durch die in gutem Glauben vorgenommene Pfändung oder Beschlagnahme ein giltiges Pfandrecht erworben habe? Die Pfändung oder Beschlagnahme und das sich anschliessende weitere Verfahren ist eben nichts anderes als die Form, in welcher die öffentliche Gewalt zwangsweise dem Gläubiger diejenige Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners vermittelt, welche er von dem Schuldner im Guten nicht zu erlangen vermag. Die Rechtfertigung der Pfändung oder Beschlagnahme ist in dem allgemeinen Grundsatz zu suchen, wonach dem Gläubiger das gesammte Vermögen des Schuldners als verhaftet zu gelten hat. Auf der Grundlage dieses Satzes erzeugt der Akt der Pfändung oder Beschlagnahme für den Gläubiger einen Anspruch auf Befriedigung speziell aus der gepfändeten oder in Beschlag genommenen Sache. Es ist durchaus angängig, dass das Gesetz die gleiche Form der Pfändung und Beschlagnahme auch für die Befriedigung des Pfandgläubigers aus der ihm dinglich verhafteten Sache vorschreibt. In diesem Falle wird durch die Pfändung oder Beschlagnahme ein Anspruch

auf Befriedigung aus dem Erlös der Sache nicht erst erzeugt, vielmehr nur der im Pfandrecht bereits gegebene Anspruch zur Geltung gebracht. Ob nun das Gesetz die rechtliche Wirkung der Pfändung oder Beschlagnahme als ein „Pfandrecht" formulirt, oder hiefür den Ausdruck „Vorzugsrecht" wählt oder von einer derartigen Bezeichnung überhaupt absieht,[39]) ist im Grund genommen ziemlich gleichgiltig. Die Verschiedenheit des Namens vermag hier dem Wesen der Sache keinen Eintrag zu thun.

Hieraus ergeben sich für das Vorzugsrecht und das Vollstreckungspfandrecht weitgehende Berührungspunkte. Die Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens gehören gleich dem Vollstreckungspfandrecht dem Prozessrecht an. Beide begründen Ansprüche auf Befriedigung aus dem Erlös bestimmter Vermögensstücke des Schuldners. Der Akt der Pfändung oder Beschlagnahme, welcher das Vollstreckungspfandrecht erzeugt, lässt auch das Vorzugsrecht wirksam werden. Die Einstellung des Verfahrens lässt mit dem Vollstreckungspfandrecht auch das Vorzugsrecht, selbst wenn es bereits beansprucht ist, wieder hinfällig werden. Gleichwohl können beide Rechtsinstitute nicht wohl mit einander vermengt werden. Das Vollstreckungspfandrecht hat eine Konkurrenz von Gläubigern in Ansehung des gleichen Gegenstands der Befriedigung nicht zur Voraussetzung. Es gewährt einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlös der Sache, aber keineswegs notwendig

[39]) Das erste thut die Reichscivilprozessordnung, das zweite die Bayerische Subhastationsordnung, das dritte die Preussische Subhastationsordnung.

einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der Sache. Dagegen verleihen die Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens dem Gläubiger einen Anspruch, vorzugsweise und zwar gerade auch vor dem Pfändungsgläubiger und Beschlagnahmegläubiger aus dem Erlös der gepfändeten oder in Beschlag genommenen Sache befriedigt zu werden. Im Falle einer Anschlusspfändung oder weiteren Beschlagnahme findet allerdings eine vorzugsweise Befriedigung des älteren Pfändungsgläubigers oder Beschlagnahmegläubigers vor dem jüngeren Pfändungsgläubiger oder Beschlagnahmegläubiger statt. Aber dieser Vorrang beruht nicht auf einer besonderen Rechtsvergünstigung, sondern auf dem Rechtsgrundsatz der besseren Berechtigung des früheren Zugriffs. Eben dieser Rechtsgrundsatz ist es, welcher in gewissen Fällen durch die Zulassung von Vorzugsrechten durchbrochen wird.

Wenn an früherer Stelle ausgeführt wurde, dass Pfandrecht und Vorzugsrecht sich grundsätzlich ausschliessen müssen, so gilt dies nicht von der Stellung des Vorzugsrechts zu dem wesentlich eigenartigen Vollstreckungspfandrecht. Es kann daher auch der mit einem Vorzugsrecht versehene Gläubiger recht wohl durch Pfändung oder Beschlagnahme ein Vollstreckungspfandrecht erwerben. Es soll selbstverständlich nicht von dem Fall gesprochen werden, in welchem der Gläubiger der einzige bei dem Verfahren beteiligte Gläubiger ist, da hier in Ermangelung konkurrirender Gläubiger von einem Vorzugsrecht nicht gesprochen werden kann. Ebenso wenig kann ein Vorzugsrecht

wirksam werden, wenn der Pfändung des bevorzugten Gläubigers andere Gläubiger sich angeschlossen haben. Es kann sich vielmehr nur um den Fall handeln, wenn der bevorzugte Gläubiger gleichzeitig mit anderen Gläubigern eine Pfändung vorgenommen hat oder sich einer vorausgegangenen Pfändung angeschlossen hat. Es ist nicht abzusehen, warum dies nicht zulässig oder warum hiedurch nicht für den bevorzugten Gläubiger ein Vollstreckungspfandrecht begründet werden soll. Allerdings kann man sagen, dass hier das Vollstreckungspfandrecht für den bevorzugten Gläubiger zunächst der rechtlichen Wirkung entbehrt. Denn der bevorzugte Gläubiger befriedigt sich aus dem Erlös auf Grund seines Vorzugsrechts, nicht auf Grund seines Vollstreckungspfandrechts, welches ihn unter Umständen nicht davor schützen könnte, mit seiner Forderung ganz oder teilweise auszufallen. Aber das Vollstreckungspfandrecht ist auch in diesem Fall für den bevorzugten Gläubiger nicht vollständig bedeutungslos. Fällt nämlich das konkurrirende Vollstreckungspfandrecht das die Zwangsvollstreckung in erster Linie betreibenden Gläubigers etwa infolge der nachträglichen Befriedigung dieses Gläubigers hinweg, bevor die Verwertung der Sache erfolgt ist, so wird damit auch die weitere Geltendmachung des Vorzugsrechts abgeschnitten, da das Vorzugsrecht an sich dem Gläubiger eine Befugnis zur selbstständigen Betreibung der Zwangsvollstreckung nicht verleiht. Ist aber der bevorzugte Gläubiger zugleich auch Pfändungsgläubiger, so setzt er nunmehr die Zwangsvollstreckung in gleicher Weise fort, als ob er von Anfang an alleiniger Pfändungsgläubiger gewesen wäre.

Das Gesagte gilt in gleicher Weise auch von dem Fall der Beschlagnahme; allerdings wird der mit einem Vorzugsrecht des Zwangsvollstreckungsverfahrens in das unbewegliche Vermögen versehene Gläubiger nur höchst selten ein Interesse daran haben, gegebenenfalls selbstständig die Zwangsvollstreckung zn betreiben.

## § 8.

## Vorzugsrecht und Zurückbehaltungsrecht.

Schliesslich wird das Zurückbehaltungsrecht zur Vergleichung heranzuziehen sein.

Die Natur dieses Rechts oder besser dieser rechtlichen Befugnis[40]) ist streitig. Das Zurückbehaltungsrecht ist wohl am einfachsten und zutreffendsten als eine dem Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen gesetzlich verstattete Eigenmacht aufzufassen. Die regelmässige Form der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts besteht darin, dass der Gläubiger eine in seinem Gewahrsam befindliche Sache des Schuldners dem letzteren insolange vorenthält, bis er wegen seiner Forderung befriedigt ist. Das Zurückbehaltungsrecht kann aber auch in der Form vorkommen, dass der Gläubiger sich zunächst mittelst Selbsthilfe den Gewahrsam einer Sache des Schuldners verschafft, um sodann ein Vorenthaltungsrecht im obigen Sinne an derselben auszuüben. In dieser letzteren Form erscheint das Zurückbehaltungsrecht als gesteigert zu einem Zugriffsrecht, einer Befugnis zur Vorenthaltung nach vorausgegangener Wegnahme der Sache.

[40]) Auch das Zurückbehaltungsrecht ist ein „unechtes“ Recht in dem in Note 31 ausgeführten Sinne!

Derartige Zugriffsrechte sind die vielumstrittenen Zurückbehaltungsrechte des Vermieters und Verpächters an der eingebrachten Fahrnis des Mieters und Pächters. Gerade in der Form des Zugriffsrechts tritt die Natur des Zurückbehaltungsrechts als einer Eigenmacht — allerdings als einer ausnahmsweise gesetzlich verstatteten Eigenmacht — besonders hervor. Als erlaubte Eigenmacht steht und fällt das Zurückbehaltungsrecht mit der Möglichkeit der Ausübung einer thatsächlichen Gewalt über die Sache. Keinenfalls ist das Zurückbehaltungsrecht ein dingliches Recht an der Sache.[41]) Seine Eigentümlichkeit besteht gerade darin, dass der Gläubiger, obwohl ihm kein Recht an der Sache zusteht, gleichwohl eine Gewalt über die Sache ausübt. Das Verhältnis des Gläubigers zur Sache des Schuldners ist nicht rechtlicher, sondern lediglich thatsächlicher Natur, in ähnlicher Weise wie das Verhältnis des mit einem besonderen Vorzugsrecht versehenen Gläubigers zur Sache des Schuldners.

Entscheidend für die Stellung der Zurückbehaltungsrechte zu den Vorzugsrechten wird die Beantwortung der Frage sein müssen, ob das Zurückbehaltungsrecht auch im Konkursverfahren und im Zwangsvollstreckungsverfahren gegenüber weiteren Gläubigern des Schuldners wirksam ist. Diese Frage ist zunächst für das Konkursverfahren zu verneinen, auch soweit dies nicht durch ausdrückliche Rechtsvorschrift ausgesprochen ist.[42]) Die

[41]) Reichsgerichtl. Entsch. Bd. VIII Nr. 20 S. 83.

[42]) A. L. R. I, 20 § 566: „Ist aber Konkurs über das Ver-

nächste Aufgabe des Zurückbehaltungsrechts ist es, den Schuldner durch Vorenthaltung seiner Sache zur Leistung gefügig zu machen, nicht aber, dem Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners einen Gegenstand der Befriedigung zu sichern.[43]) Nach der Eröffnung des Konkurses kann von der Ausübung eines Druckes auf die Person des Schuldners nicht mehr die Rede sein. Das Konkursverfahren lässt als ein öffentliches, unter Mitwirkung der öffentlichen Gewalt sich vollziehendes Befriedigungsverfahren für irgend welche Eigenmacht eines einzelnen Gläubigers keinen Raum.[44]) Dem Zurückbehaltungsrecht kann auch nicht gleich dem Pfandrecht die Kraft innewohnen, im Konkursverfahren als ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der Sache wirksam zu werden. Der zurückbehaltende Gläubiger kann daher eine vorzugsweise Berücksichtigung im Konkursverfahren nicht beanspruchen, sofern ihm nicht neben dem Zurückbehaltungsrecht und unabhängig von diesem Recht eine speziell im Konkurs wirksame Bevorrechtigung in Ansehung des Erlöses der zurückbehaltenen Sache, also ein besonderes Vorzugsrecht verliehen ist.

---

mögen des Schuldners entstanden, so hört das Zurückbehaltungsrecht auf und der, welchem selbiges beigewohnt hat, erlangt dadurch vor andern Gläubigern keinen Vorzug."

[43]) Soweit letzteres veranlasst ist, wird der Gläubiger regelmässig in der Lage sein, einen Arrestschlag auf die Sache zu erwirken. Dem Gläubiger die Mühe eines derartigen Vorgehens zu ersparen, ist nicht die Aufgabe des Zurückbehaltungsrechts.

[44]) „Das Zurückbehaltungsrecht wirkt seiner Natur nach nicht im Konkurse . . ." Motive zum Entwurfe eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch. S. 113.

Anders gestaltet sich die Stellung des zurückbehaltenden Gläubigers im Zwangsvollstreckungsverfahren zufolge ausdrücklicher Bestimmung der Reichscivilprozessordnung. Es wäre sehr wohl denkbar gewesen, dass sie dem zurückbehaltenden Gläubiger die Festhaltung des Gewahrsams der Sache gegenüber dem pfändenden Gläubiger verwehrt und ihn etwa durch Gewährung eines besonderen Vorzugsrechts schadlos gehalten hätte.[45]) Die Reichscivilprozesordnung hat es jedoch vorgezogen, die Zulässigkeit der Pfändung überhaupt auf solche Sachen zu beschränken, welche sich im Gewahrsam des Schuldners, des die Pfändung betreibenden Gläubigers selbst oder eines zur Herausgabe der Sache bereiten Dritten befinden.[46]) Dadurch ist das Zurückbehaltungsrecht schlechthin mit Wirksamkeit für das Zwangsvollstreckungsverfahren versehen worden. Verweigert der zurückbehaltende Gläubiger die Herausgabe der Sache, so muss die Pfändung der Sache unterbleiben. Willigt er in die Herausgabe ein, so gibt er sein Zurückbehaltungsrecht preis. Einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der gepfändeten Sache hat er in diesem Falle nur dann, wenn ihm unabhängig von dem Zurückbehaltungsrecht ein solcher Anspruch in der Form eines besonderen Vorzugsrechts ausdrücklich verliehen ist. Denn auch im Zwangsvollstreckungsverfahren ist nicht abzusehen, wie das Zurückbehaltungsrecht aus sich selbst

[45]) Diesen Weg hatte die bayerische Civilprozessordnung vom 29. April 1869 in artt. 902, 920 und 938, Ziff. 2 eingeschlagen.

[46]) Reichscivilprozessordnung §§ 712, 713.

einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der Sache erzeugen soll. Steht dem Gläubiger neben dem Zurückbehaltungsrecht auch ein Vorzugsrecht zu, so hat er die Wahl, ob er lieber das Zurückbehaltungsrecht oder unter Preisgabe dieses Rechts das Vorzugsrecht geltend machen will. Hat er kein Vorzugsrecht, so wird er das Zurückbehaltungsrecht in keinem Fall aufgeben dürfen. Ein Widerstreit beider Rechtsbefugnisse ist hienach ausgeschlossen. Das Zurückbehaltungsrecht wird genau in demjenigen Zeitpunkt unwirksam, in welchem das Vorzugsrecht wirksam wird. Vielmehr werden beide Rechtsbefugnisse einander nicht selten in wünschenswerter Weise zu ergänzen geeignet sein.

## § 9.

### Die Vorzugsrechte des französischen Rechts.

Das französische Recht ist dasjenige neuere Recht, in welchem die Vorzugsrechte weitaus die eingehendste Behandlung gefunden haben. Aber gerade im französischen Recht hat die Natur der Vorzugsrechte eine wesentliche Verdunklung erlitten. Die Vorzugsrechte erscheinen im französischen Recht als verschmolzen mit den Pfandrechten zu einem einheitlichen Rechtsinstitut des bürgerlichen Rechts.

Nachdem der code civil im 17. Titel des 3. Buchs das Faustpfand an beweglichen Sachen (gage) und das Nutzpfand an unbeweglichen Sachen (antichrèse) erörtert hat, reiht er im 18. Titel eine Darstellung der Vorzugsrechte (priviléges) und der Unterpfandsrechte

(hypothèques) unmittelbar an. Gemeinsamer Ausgangspunkt der Darstellung ist der Satz, dass das Vermögen des Schuldners den sämmtlichen Gläubigern verhaftet und zwar gleichmässig verhaftet ist, soweit nicht ein gesetzlicher Grund einer Bevorrechtigung gegeben ist. Solche Bevorrechtigungsgründe sind die Vorzugsrechte und die Unterpfandsrechte.[47]) Es werden hier Vorzugsrechte und Pfandrechte von einem rein äusserlichen Gesichtspunkt aus unter einen gemeinsamen höheren Begriff gestellt. Der durchaus verschiedenen Natur der Rechtsgründe, welche eine bevorzugte Rechtslage eines Gläubigers veranlassen, wird nicht Rechnung getragen. Dieser rein mechanischen Gliederung entspricht es, wenn das Faustpfandrecht (gage) selbst wieder unter die Vorzugsrechte an beweglichen Sachen eingereiht wird.[48]) Der Code civil definirt sodann das Vorzugsrecht nicht unzutreffend als ein Recht, welches die Beschaffenheit der Forderung dem Gläubiger verleiht, anderen Gläubigern vorgezogen zu werden.[49]) Nur gelangt hier weder zum Ausdruck, dass der Weg zur Verwirklichung des Vorzugsrechts ein öffentliches Befriedigungsverfahren, noch dass der Gegenstand der Bevorrechtigung der mittelst des Befriedigungsverfahrens erzielte Erlös ist.[50]) Vielmehr wird als Gegen-

[47]) Art. 2093: „Les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence". Art. 2094: „Les causes légitimes de préférence sont les priviléges et hypothèques."

[48]) Art. 2102 Nr. 2; vgl. auch art. 199 des bayer. Ausführungsgesetzes zur C. Pr. O. und K. O. vom 23. Februar 1879.

[49]) Art. 2095. Vgl. oben Note 23.

[50]) Es mag hier die Bemerkung Platz finden, dass im fran-

stand des Vorzugsrechts bei Aufzählung der verschiedenen Arten von Vorzugsrechten durchweg die Sache selbst, nicht der Erlös der Sache bezeichnet. In der That kommt denn auch nur den allgemeinen Vorzugsrechten — priviléges généraux sur les meubles, priviléges qui s'étendent sur les meubles et sur les immeubles — in unvermischter Weise die Natur von Vorzugsrechten im Sinne der gegenwärtigen Darstellung zu. Die Vorzugsrechte an unbeweglichen Sachen — priviléges sur les immeubles — haben zugleich die Natur gesetzlicher Hypotheken oder richtiger Hypothektitel in der Richtung gegen den Schuldner. Sie sind von den gesetzlichen Hypotheken (hypothèques légales), welche gleichfalls zunächst nur gesetzliche Titel zur Hypothek sind, kaum zu unterscheiden. Wie diese letzteren bedürfen sie zur vollen Wirksamkeit der Eintragung. Die Zeitfolge der Eintragung bestimmt ihre Rangfolge unter sich wie gegenüber den Hypotheken. Dagegen gehen gewisse gesetzliche Hypotheken zufolge Privilegiums auch früher eingetragenen Hypotheken und Vorzugsrechten vor.[51]) Auch die Vorzugsrechte an

zösischen Recht das Konkursverfahren (faillite) ein Rechtsinstitut des Handelsrechts ist. Das französische Recht kennt ausserhalb des kaufmännischen Konkurses nur ein Prioritätsverfahren in der Exekutionsinstanz und zwar als Distributionsverfahren — Code de procédure civile artt. 356 ff. — in Ansehung des beweglichen Vermögens, als Ordre- oder Collokationsverfahren — cod. artt. 749 ff. — in Ansehung des unbeweglichen Vermögens. (Motive zur Reichskonkursordnung S. 1599)

[51]) Artt. 2113, 2135. Vgl. Bayerisches Ausführungsgesetz zur R. C. Pr. O. und K. O. art. 201: „Die Vorzugsrechte an Liegenschaften, welche in den artt. 2103 und 2111 des pfälzischen Civilgesetzbuchs bezeichnet sind, haben den Gläubigern gegenüber, welchen an diesen Liegenschaften ein Vorzugsrecht oder ein

beweglichen Sachen — priviléges sur certains meubles — sind nicht durchweg reine Vorzugsrechte. Zunächst wird ein solches Vorzugsrecht auch mit dem Faustpfand verbunden. Sodann nehmen die wichtigen Vorzugsrechte des Vermieters und Verpächters an der eingebrachten Fahrnis des Mieters und Pächters geradezu die Natur gesetzlicher Pfandrechte an, indem das Gesetz mit ihnen ein Zugriffsrecht (revendication) für den Fall verbindet, dass die Fahrnis ohne die Zustimmung des Vermieters und Verpächters aus dem Grundstück weggebracht worden ist. Dieses Zugriffsrecht wirkt nicht nur gegenüber dem Schuldner, sondern es ermöglicht auch die Verfolgung der Sache in die dritte Hand, obwohl gerade das französische Recht dieser Befugnis sonst grundsätzlich sehr enge Grenzen gezogen hat. Ein derartiges Zugriffsrecht kann nicht mehr als ein gesteigertes Zurückbehaltungsrecht, sondern nur als Ausfluss einer dinglichen Berechtigung an der Sache angesehen werden. Von der letzteren Auffassung ausgehend ist die Praxis dahin gelangt, das Vorzugsrecht des Vermieters und Verpächters nicht nur unter gewissen Voraussetzungen auf die Fahrnis des Aftermieters und des Afterpächters zu erstrecken, sondern auch den gutgläubigen Erwerb eines Vorzugsrechts an Sachen eines Dritten zuzulassen, sofern nur der Vermieter oder Verpächter sie redlicher Weise für Sachen seines Mieters oder Pächters halten durfte.[52])

Unterpfandsrecht nicht zusteht, auch ohne Einschreibung in das Hypothekenbuch Wirksamkeit". Diese Vorzugsrechte sind hienach Mangels einer Einschreibung nicht unwirksam, aber erst nach allen eingetragenen Vorzugsrechten und Hypothekenrechten wirksam.

[52]) Art. 2102 Ziff. 1 Art. 2279. Vgl. auch art. 200 des bayer.

Aus Obigem ergibt sich die Unmöglichkeit, die Frage nach der rechtlichen Natur der Vorzugsrechte für das französische Recht einheitlich zu beantworten. Die ältere Doktrin ist geneigt, den Vorzugsrechten an unbeweglichen Sachen die Natur eines Rechtes an der Sache (droit réel) zuzusprechen,[53]) dagegen den Vorzugsrechten an beweglichen Sachen diese Eigenschaft zu bestreiten.[54]) Diese Unterscheidung trifft aber nicht zu, da gerade die Vorzugrechte an beweglichen Sachen teils dingliche Merkmale entschieden an sich tragen, teils solcher Merkmale ebenso entschieden entbehren.[55])

---

Ausführungsgesetzes zur R. C. Pr. O. u. K. O. vom 23. Febr. 1879, wodurch nach dem Inhalt der Motive (S. 267) lediglich die bestehende Praxis zum Gesetz erhoben worden ist.

[53]) Merlin, Répertoire de Jurisprudence, art. Privilége de créance p. 792: „Le privilége est un droit réel sur une chose et sur le prix provenant de la vente de cette chose. Ce droit réel affecte la chose engagée, de manière qu'il la suit dans les mains de tout possesseur, du moins lorsqu'elle est immobilière."

[54]) Merlin, a. a. O. p. 803: „En effet, les priviléges sur les meubles, qui donnent à certains créanciers des préférences sur d'autres créanciers, sont absolument dépourvus du caractère eminent de l'hypothèque, qui consiste en ce qu'elle affecte la chose hypothéquée d'un droit réel, inhérent à la chose et qui la suit dans les mains de tous les possesseurs où elle passe."

[55]) „Denn das Vorzugsrecht an einer beweglichen Sache, welches nicht in dritter Hand geltend gemacht werden kann (qui n'a pas de suite), besteht eben lediglich in dem Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse, welches Recht denkbarer Weise nur entweder durch Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung eines anderen Gläubigers (?) bezw. auf dem Wege des § 710 der deutschen Civilprozessordnung oder durch Geltendmachung im Konkurse oder bei einer Benefiziar- bezw. Vakantmasse ausgeübt werden kann." (Motive zum b. Ausführungsgesetz zur C. Pr. O. u. K. O. vom 23. Febr. 1879 S. 265.)

Endlich kann darüber, dass die allgemeinen Vorzugsrechte der Natur einer dinglichen Berechtigung entbehren, wohl kein Zweifel möglich sein.

In anschaulicher Weise tritt die dem französischen Recht eigentümliche Vermengung der Pfandrechte und Vorzugsrechte in der Darstellung hervor, mit welcher in Zachariä's Handbuch des französischen Civilrechts — Bd. II § 256 S. 74 — die Lehre von den Vorzugsrechten und Unterpfandsrechten eingeleitet wird. Hienach hat zunächst ein Pfandrecht im weitesten Sinne jeder Gläubiger an dem gesammten Vermögen seines Schuldners. Pfandrechte im engeren Sinne sind sodann sowohl das Faustpfand (gage) und das Nutzpfand (antichrèse) als auch das Vorzugsrecht (privilége) und das Unterpfandsrecht (hypothèque). Von diesen vier Formen des Pfandrechts im engeren Sinne gewähren die beiden ersteren dem Pfandgläubiger eine besondere Sicherheit nur in Beziehung auf den, welcher die Sache verpfändet hat, die beiden letzteren zugleich auch in Beziehung auf dritte Personen, nämlich gegen die übrigen Gläubiger oder sowohl gegen die übrigen Gläubiger als gegen den dritten Besitzer der Sache. Dingliche Rechte sind nur die Pfandrechte der letzteren Art, also das Unterpfandsrecht und das Vorzugsrecht (!)

Die Stellung der Vorzugsrechte im französischen Recht hat die spätere Gesetzgebung, soweit sie sich mit französischem Recht berührt, in erheblichem Grad beeinflusst. Es wird Gelegenheit sein, diesen Einfluss des französischen Rechts auch noch in der Reichsjustizgesetzgebung aufzuzeigen.

---

## III.

# Besonderer Teil.

Es soll nunmehr die Funktion der verschiedenen Klassen der Vorzugsrechte in den Grundzügen entwickelt werden.

### 10.

### Die allgemeinen Vorzugsrechte des Konkursverfahrens.

Die allgemeinen Vorzugsrechte des Konkursverfahrens sind durch § 54 mit 55 der Reichskonkursordnung unter dem Namen von „Vorrechten" einheitlich und, so weit nicht ein besonderer Vorbehalt zu Gunsten der Landesgesetzgebung besteht,[56]) auch ausschliessend geregelt. Die Privilegiennatur dieser Vorrechte gelangt zunächst schon in der Aufstellung einer fünffachen Rangordnung der bevorrechtigten Forderungen zum Ausdruck. Ein Rest älterer konkursrechtlicher

[56]) Einführungsgesetz zur R. K. O. §§ 12, 13, 17 Ziff. 3. Vgl. Preuss. Ausführungsgesetz zur K. O. vom 6. März 1879 §§ 18 bis 22, Bayerisches Ausführungsgesetz zur R. C. Pr. O. und K. O. vom 23. Febr. 1879 artt. 232 bis 234. Beide Ausführungsgesetze gewähren ein Vorrecht nur in vorübergehender Weise zu Gunsten solcher Forderungen, welche vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Reichskonkursordnung begründet worden sind

Anschauung ist es, wenn die nicht bevorrechtigten Forderungen den bevorrechtigten Forderungen in der Form einer sechsten Rangklasse angeschlossen sind. Die Natur der Vorrechte als Privilegien zeigt sich weiter darin, dass das Gesetz die Gewährung des Vorrechts neben der sonstigen Qualifikation der Forderung durchweg auch von einer bestimmten zeitlichen Qualifikation der Forderung abhängig macht. In § 54 Ziff. 1 gewährt das Gesetz das Vorrecht für die Forderungen der Dienstleute des Gemeinschuldners an Lohn, Kostgeld und anderen Bezügen, soweit sie auf das letzte Jahr vor der Eröffnung des Konkurses oder dem Ableben des Gemeinschuldners entfallen;[57]) in § 54 Ziff. 2 und 3 für die Forderungen öffentlicher Kassen wegen öffentlicher Abgaben, soweit sie im letzten Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens fällig geworden sind oder nach § 58 der K. O. als fällig zu gelten haben; in § 54 Ziff. 4 für die Forderungen der Personen des Heilgewerbes wegen Kur- und Pflegekosten, soweit die zu honorirenden Leistungen der Zeit nach in das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens gefallen sind. Der privilegirte Zeitraum berechnet sich von der Eröffnung des Konkurses nach rückwärts bis zur entsprechenden Stunde des entsprechenden Tags des Vorjahres. In dem besonderen Falle der Ziffer 5 des § 54 verlangt das Gesetz, dass die zu bevorrechtigende Forderung binnen zwei Jahren nach Beendigung der Vermögensverwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur Eröffnung des Verfahrens verfolgt worden ist.

[57]) Motive zur Reichskonkursordnung S. 1479, v. Völderndorff, Konkursordnung Note III zu § 54 Ziff. 1.

In der Natur des Vorrechts als eines Privilegiums ist es endlich auch begründet, dass das Vorrecht im Verfahren beansprucht werden muss. Eine Berücksichtigung des Vorrechts von Amtswegen findet nicht statt.[58]) Doch wird eine rechtliche Belehrung des bevorrechtigten Gläubigers über sein Vorrecht seitens des Richters oder auch des Gerichtsschreibers nicht als unzulässig gelten dürfen.[59]) Die Geltendmachung des Vorrechts erfolgt durch Anmeldung, welche innerhalb der Anmeldefrist zu vollziehen ist. Die verspätete Anmeldung vor dem Prüfungstermin oder im Prüfungstermin kann die Abhaltung eines besonderen Prüfungstermins auf Kosten des säumigen Gläubigers zur Folge haben.[60]) Das beanspruchte Vorrecht unterliegt im Prüfungstermin der Prüfung und Feststellung.[61]) Ist die Forderung festgestellt, so ist damit die nachträgliche Anmeldung eines Vorrechts ausgeschlossen, weil mit dem Eintrag in die Tabelle stets die rechtskräftige Feststellung eines bestimmten bevorzugten oder nicht bevorzugten Ranges der Forderung verbunden ist.[62]) Dagegen kann im Anschluss an eine nachträgliche Anmeldung der Forderung auch das Vorrecht noch nach dem Prüfungstermine und äussersten Falles bis zur Feststellung des Schlussverzeichnisses oder bis zum Abschluss eines Zwangsvergleiches beansprucht werden.

---

[58]) Motive zur Reichskonkursordnung S. 1519, Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung Note I, 1 zu § 54 S. 271.

[59]) v. Völderndorff Konkursordnung Note c zu § 127 S. 358, 359.

[60]) R. K. O. § 130.

[61]) R. K. O. §§ 129, 133 Abs. 2.

[62]) Reichsgerichtl. Entscheid. Bd. XX Nr. 97 S. 412.

Das beanspruchte Vorrecht kann von jedem beteiligten Gläubiger sowie auch von dem Konkursverwalter[63]) mittelst Widerspruchs bestritten werden. Ein Widerspruch gegen das Vorrecht kann in Verbindung mit einem Widerspruch gegen die Forderung, aber auch für sich allein vorkommen. Der Gemeinschuldner kann einen Widerspruch gegen das Vorrecht nicht erheben, weil die Feststellung des Vorrechts nur für das Konkursverfahren Bedeutung hat. Auf erhobenen Widerspruch hat der Gläubiger, welcher das Vorrecht beansprucht, dessen Anerkennung mittelst Klage gegen die widersprechenden Beteiligten zu betreiben.[64]) Ebenso liegt es ihm ob, die das Vorrecht begründenden rechtserheblichen Thatsachen zu beweisen. Bei mehrfachem Widerspruch liegt ein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft vor. Der auf Anerkennung des Vorrechts gerichteten Klage kommt die Natur einer Feststellungsklage zu. Dem Gläubiger, welcher das Vorrecht beansprucht, muss die Rolle des Klägers auch dann zufallen, wenn für die Forderung ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurteil oder ein Vollstreckungsbefehl[65]) vorliegt. Denn die Vollstreckbarkeit der Forderung ist belanglos für die Frage, ob die Forderung als eine bevorrechtigte Forderung im Sinne der Reichskonkursordnung zu gelten hat.[66]) Es

---

[63]) Der Konkursverwalter hat im Prüfungstermin insbesondere auch die Interessen der abwesenden, sowie der nachträglich etwa hinzutretenden Gläubiger wahrzunehmen.

[64]) R. K. O. §§ 134, 136.

[65]) R. K. O. § 134 Abs. 6.

[66]) Wenn es z. B. streitig ist, ob die Forderung eines Zahnarztes für Einsetzung eines künstlichen Gebisses eine bevor-

wird daher vorkommen können, dass gleichzeitig ein Beteiligter mittelst Klage gegen den angeblich bevorrechtigten Gläubiger seinen Widerspruch gegen die Forderung, und der angeblich bevorrechtigte Gläubiger die Anerkennung des Vorrechts mittelst Klage gegen den widersprechenden Beteiligten zu betreiben haben wird. Wird der Widerspruch gegen die Forderung als begründet anerkannt, so ist damit allerdings auch der Streit über das beanspruchte Vorrecht erledigt.

Mit der Eintragung in die Tabelle ist der Anspruch des bevorrechtigten Gläubigers auf vorzugsweise Befriedigung aus den bereitesten Mitteln der Teilungsmasse ausser Zweifel gestellt. Die bevorrechtigten Forderungen sind spätestens gleichzeitig mit der ersten Abschlagszahlung an andere nicht bevorrechtigte Gläubiger wegzufertigen. Auf eine frühere Wegfertigung steht dem bevorrechtigten Gläubiger ein Rechtsanspruch nicht zu. Doch ist der Konsursverwalter mit Ermächtigung des Konkursgerichts befugt, die bevorrechtigten Gläubiger unabhängig von der Vornahme einer Verteilung und sohin auch schon vor der ersten Abschlagsverteilung zu befriedigen.[67]) Der Konkursverwalter begründet gegen sich eine Forderung auf Schadensersatz, soferne er den Anspruch des bevorrechtigten Gläubigers auf vorzugsweise Befriedigung vorsätzlich oder fahrlässig verletzt. Gleichzeitig wird dem bevorrechtigten Gläubiger eine Forderung auf Herausgabe der Bereicher-

rechtigte Forderung im Sinne des § 54 Ziff 4 der R. K. O. ist, so ist es für diese Frage gleichgiltig, ob der Zahnarzt einen vollstreckbaren Titel gegen den Gemeinschuldner in Händen hat oder nicht.

[67]) R. K. O. § 157.

ung gegen diejenigen mitbeteiligten Gläubiger zustehen, welche aus der Teilungsmasse Beträge erhalten haben, welche sie nicht erhalten haben würden, wenn der bevorrechtigte Gläubiger von dem Konkursverwalter vorschriftsmässig befriedigt worden wäre.

Eine weitere durchaus sachgemässe Vergünstigung ist den bevorrechtigten Gläubigern insofern gewährt, als ihre Forderungen von dem Abschluss eines Zwangsvergleichs nicht berührt werden. Der Zwangsvergleich ist überhaupt nur unter der Voraussetzung zulässig, dass die festgestellten bevorrechtigten Forderungen, soweit sie festgestellt sind, weggefertigt, soweit sie glaubhaft gemacht sind, sichergestellt werden.[68])

Es versteht sich, dass der Gläubiger, welcher ein Vorrecht hätte beanspruchen können, jedoch am Verfahren aus irgend welchen Gründen nicht teilgenommen hat, nicht etwa nachträglich von den am Verfahren beteiligten Gläubigern die Herauszahlung eines verhältnismässigen Teils ihrer Quote verlangen kann. Die Nichtbeteiligung des Gläubigers am Verfahren hat den Ausschluss der Forderung von der Teilungsmasse zur notwendigen Folge. Für die bevorrechtigten Forderungen besteht in dieser Richtung keine Ausnahme. Noch weniger kann natürlich speziell ein Vorrecht nach beendigtem Verfahren geltend gemacht werden, schon deshalb, weil für Privilegien unbedingt die Regel gelten muss, dass sie nur soweit berücksichtigt werden, als sie vorschriftsmässig beansprucht worden sind.

---

[68]) R. K. O. §§. 160, 176 Abs. 2.

## § 11.
## Die besonderen Vorzugsrechte des Konkursverfahrens.

Wenn die Reichskonkursordnung die allgemeinen Vorzugsrechte abschliessend zu gestalten vermochte, so befand sie sich hinsichtlich der Regelung der besonderen Vorzugsrechte in einer ungleich schwierigeren Lage. Einerseits war die Beantwortung der Frage, welchen Gläubigern eine vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös bestimmter Vermögensstücke des Gemeinschuldners zu verstatten sei, nicht zu umgehen. Denn diese Frage ist nicht nur eine keineswegs unwichtige, sie ist auch eine speziell konkursrechtliche Frage.[69]) Andererseits war die einheitliche Normirung besonderer Vorzugsrechte des Konkursverfahrens ohne weitgehende Eingriffe in das bürgerliche Recht und insbesondere in das konkurrirende Rechtsinstitut der gesetzlichen Pfandrechte von vornherein unmöglich. Die Reichskonkursordnung vermochte wohl die veralteten Generalpfandrechte und Generalvorzugsrechte der verschiedenen Landesrechte unschwer aus der Welt zu schaffen, nicht aber die Spezialpfandrechte und die Spezialvorzugsrechte im Sinne des französischen Rechts. In dieser Zwangslage behalf sich die Reichskonkursordnung mit einer lediglich provisorischen Regelung. Sie stellt zunächst den allgemeineren Begriff des Anspruchs auf abgesonderte Befriedigung aus gewissen Bestandteilen der Kon-

[69]) Motive zur Reichskonkursordnung S. 1375, Motive zum Einführungsgesetz zur R. K. O. S. 1568, Mandry der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 2. Aufl. § 28. S. 328.

kursmasse auf.[70]) Die abgesonderte Befriedigung ist nach der Natur der Sache zugleich auch eine vorzugsweise Befriedigung vor denjenigen Gläubigern, welchen ein solcher Anspruch nicht verliehen ist. Einen Anspruch auf abgesonderte und damit vorzugsweise Befriedigung hat zunächst der Pfandgläubiger und zwar in Ansehung des unbeweglichen Vermögens nach Massgabe der Landesgesetze, in Ansehung des beweglichen Vermögens aber insoweit, als sein Pfandrecht den reichsgesetzlich normirten Erfordernissen eines im Konkurs wirksamen Faustpfandrechts genügt.[71]) Einen Anspruch auf abgesonderte und vorzugsweise Befriedigung haben aber sodann auch gewisse Gläubiger und Forderungen, welche mit einem Pfandrecht nicht versehen sind. Für Umfang und Geltendmachung dieser Bevorrechtigungen, soweit sie den Erlös unbeweglichen Vermögens zum Gegenstand haben, ist innerhalb des von der Reichskonkursordnung geschaffenen Rahmens[72]) wiederum die Landesgesetzgebung massgebend. Dagegen sind die Bevorrechtigungen gewisser Gläubiger, welche nicht Faustpfandgläubiger sind, in Ansehung des Erlöses beweglicher Vermögensstücke durch die Reichskonkursordnung selbst und zwar in unmittelbarem Anschluss an den Absonderungsanspruch des Faust-

[70]) R. K. O. §§ 39 bis 45.
[71]) Einführungsgesetz zur R. K. O. §§ 14, 15.
[72]) R. K. O. §§ 3, 39, 43, 45.

pfandgläubigers geregelt.[73]) Die Reichskonkursordnung gewährt diesen Gläubigern den Anspruch auf abgesonderte Befriedigung ohne Rücksicht darauf, ob ihnen nach dem einschlägigen bürgerlichen Recht in Ansehung der fraglichen Vermögensstücke etwa ein gesetzliches Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht oder ein Vorzugsrecht im Sinne des französischen Rechts zusteht. Sie gewährt den Absonderungsanspruch auch dann, wenn dem Gläubiger durch das bürgerliche Recht überhaupt keinerlei derartiges Recht in Ansehung der Sache des Schuldners eingeräumt ist. Es erhellt, dass hienach die Frage, welche Absonderungsansprüche speziell auf der Grundlage eines Vorzugsrechts im Sinne der gegenwärtigen Darstellung beruhen, nach Massgabe der verschiedenen Landesrechte verschieden zu beantworten sein wird. Soweit der absonderungsberechtigte Gläubiger mit einem gesetzlichen Pfandrecht versehen ist, ist in der Zulassung des Absonderungsanspruchs die Gewährung eines Vorzugsrechts nicht zu erblicken. Bezüglich der Privilegien des französischen Rechts wird es darauf ankommen, ob man ihnen im einzelnen Fall die Natur eines gesetzlichen Pfandrechts beilegen oder absprechen will. Ebensowenig kann der Absonderungsanspruch des mit einem Vollstreckungspfandrecht versehenen Gläubigers auf einem Vorzugsrecht beruhen. Dagegen werden die Absonderungsansprüche derjenigen Gläubiger, welchen das bürgerliche Recht lediglich ein

[73]) R. K. O. §§ 40, 41, 44. Einen Vorbehalt zu Gunsten der Landesgesetzgebung auch in Ansehung des beweglichen Vermögens trifft § 43.

Zurückbehaltungsrecht einräumt, in der Regel als Vorzugsrechte anzusprechen sein. Ebenso sind die Absonderungsansprüche derjenigen Gläubiger auf ein Vorzugsrecht zurückzuführen, mit deren Forderungen eines der voraufgeführten Rechte an Vermögensstücken des Schuldners ausserhalb des Verfahrens überhaupt nicht verbunden ist.

Besondere Erwähnung dürften diejenigen Absonderungsrechte verdienen, welche für das Reichskonkursrecht das ältere Rechtsinstitut des Partikularkonkurses zu ersetzen bestimmt sind. Auch der Partikularkonkurs war eine gewissen Gläubigern gewährte konkursrechtliche Bevorrechtigung. Das Wesen dieser Bevorrechtigung bestand darin, dass aus gewissen Vermögensstücken eine gesonderte Masse gebildet und diese Masse zu Gunsten der bevorrechtigten Gläubiger mittels eines gesonderten Verfahrens verwertet wurde. Die Reichskonkursordnung lässt, abgesehen von dem Fall des Nachlasskonkurses, einen Partikularkonkurs nicht zu. Ein solcher hat auch in dem Fall der abgesonderten Befriedigung der Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer aus Nachlassgegenständen, welche zur Konkursmasse gehören,[74]) nicht stattzufinden. Hier konkurrirt allerdings eine Mehrzahl von Gläubigern in Ansehung der gleichen Gegenstände der abgesonderten Befriedigung.[75]) Auch vermag das Absonderungsrecht

[74]) R. K. O. § 43; Bayer. Ausführungsgesetz zur R. C. Pr. O. und K. O. vom 23. Febr. 1879 art. 87.

[75]) Was die Rangordnung dieser konkurrirenden Absonderungsansprüche betrifft, so stehen zunächst diejenigen Gläubiger voran, welchen ein Absonderungsanspruch an einem Nachlassstück zugleich auch auf Grund der §§ 40, 41 oder 44 der R. K.

hier nicht selten eine erhebliche Zahl schuldnerischer Vermögensstücke gleichzeitig zu ergreifen. Aber zunächst ist festzuhalten, dass auch hier das Absonderungsrecht dem einzelnen Gläubiger, nicht etwa einer Gruppe von Gläubigern gewährt ist, sodann dass das Absonderungsrecht auch hier nicht an dem Nachlass als einer Masse, sondern lediglich an den einzelnen Nachlassstücken geltend gemacht werden kann, so dass man sagen kann, es seien ebensoviele Absonderungsrechte als einzelne zur abgesonderten Befriedigung geeignete Nachlassstücke vorhanden. Es besteht in dieser Beziehung keinerlei grundsätzliche Verschiedenheit der verschiedenen von der Reichskonkursordnung zugelassenen Ansprüche auf abgesonderte Befriedigung. Im übrigen werden gerade die als Ersatz für den Partikularkonkurs gewährten Absonderungsansprüche, weil der pfandrechtlichen Grundlage ermangelnd, als Vorzugsrechte im Sinne der gegenwärtigen Darstellung aufzufassen sein.

---

O. zusteht. Für die ausschliessende Natur dieser Absonderungsansprüche ist es belanglos, ob das Vermögensstück zugleich Nachlasstück im Sinne des §§ 43 der K. O. ist. Die übrigen Absonderungsansprüche stehen im Rang gleich. Es kann daher jeder absonderungsberechtigte Gläubiger, so lange er nicht befriedigt ist, in Ansehung jedes einzelnen Nachlassstücks verlangen, pro rata seiner Forderung mitbefriedigt zu werden. Diese Konkurrenz findet ihre natürliche Schranke in der vollzogenen Verwendung des Erlöses. Zu einer nachträglichen Herauszahlung kann der absonderungsberechtigte Gläubiger nicht angehalten werden. Denn der einzelne Absonderungsanspruch ergreift den ganzen Erlös des verwerteten Nachlassstückes. Der Gläubiger, zu dessen Befriedigung der ganze Erlös verwendet worden ist, ist daher nicht ungerechtfertigt bereichert, auch wenn gleichzeitig konkurrirende Absonderungsansprüche bestanden haben und unbefriedigt geblieben sind.

Für die Geltendmachung der besonderen Vorzugsrechte des Konkursverfahrens ist es zunächst massgebend, dass die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt.[76]) Der bevorrechtigte Gläubiger hat die Verwertung der Sache zum Zwecke seiner Befriedigung selbstständig zu betreiben und zwar nach Massgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung.[77]) Allerdings muss auch das besondere Vorzugsrecht im Konkursverfahren und gegenüber dem Konkursverwalter beansprucht werden. Die Anzeige, welche der Gläubiger dem Konkursverwalter von dem Besitz der Sache und von der Forderung zu machen hat,[78]) wird zugleich als genügende Inanspruchnahme des Vorzugsrechts zu erachten sein. Der Gläubiger ist nicht verbunden, die in seinem Gewahrsam befindliche Sache an die Konkursmasse abzuliefern, muss sie jedoch auf Verlangen vorzeigen und die Ab-

---

[76]) R. K. O. § 3 Absatz 2.

[77]) Motive zur R. K. O. S. 1384. Die Vorschrift des § 11 der R. K. O. steht nicht entgegen, weil sie nur den Konkursgläubiger trifft und der absonderungsberechtigte Gläubiger in Ansehung der abgesonderten Befriedigung nicht als Konkursgläubiger gilt. In welcher Weise sollte auch sonst die abgesonderte Befriedigung durchzuführen sein? Man wird dem absonderungsberechtigten Gläubiger, welcher die Pfändung oder Beschlagnahme erwirkt hat, denn auch ein Vollstreckungspfandrecht nicht versagen dürfen. Dieses Recht ist zunächst vollkommen wirkungslos, weil dem Gläubiger inhaltlich seines Absonderungsrechts bereits ein Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlös der Sache gewährt ist. Aber das Vollstreckungspfandrecht kann nachträglich wirksam werden, wenn vor geschehener Verwertung der Sache das Konkursverfahren eingestellt oder auf Grund eines Zwangsvergleichs aufgehoben wird.

[78]) R. K. O. § 108.

schätzung gestatten.[79]) Umgekehrt ist auch der Konkursverwalter nicht verbunden, die bei der Konkursmasse befindliche Sache dem bevorzugten Gläubiger herauszugeben. Denn das Gesetz gewährt dem Konkursverwalter schlechthin eine konkurrirende Befugnis zur Betreibung der Verwertung der Sache nach Massgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung.[80]) Diese Befugnis hat er auch dann, wenn die Sache im Gewahrsam des bevorzugten Gläubigers sich befindet. Soweit der bevorzugte Gläubiger selbst die Zwangsvollstreckung betreibt, vermag er selbstthätig, allerdings durch Vermittlung der öffentlichen Organe des Zwangsvollstreckungsverfahrens, die ihm gebührende vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös sich zu verschaffen. Soweit der Erlös in die Hand des Konkursverwalters gelangt ist, ist der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös gegenüber dem Konkursverwalter zur Geltung zu bringen. Durch die Vermischung des Erlöses mit der Teilungsmasse wird der Anspruch nicht aufgehoben. Er kann in diesem Falle gegen den Konkursverwalter geltend gemacht werden, so lange überhaupt noch verfügbare Masse vorhanden ist.[81]) Verletzt der Konkursverwalter den Anspruch, so steht dem bevorzugten Gläubiger eine Forderung auf Schadensersatz gegen den Konkursverwalter sowie auf Herausgabe der Bereicherung gegen die ungerechtfertigt bereicherten Konkursgläubiger zu. Besonders hervorzu-

[79]) R. K. O. § 110.

[80]) R. K. O. § 117.

[81]) Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung Note II, 3 zu § 3 S. 26.

heben ist, dass eine Prüfung und Feststellung des Vorzugsrechts im Prüfungstermine nicht stattfindet. Die Forderung des absonderungsberechtigten Gläubigers ist nur soweit anzumelden, zu prüfen und festzustellen, als der Gläubiger auf das Absonderungsrecht verzichtet oder wegen des voraussichtlichen Ausfalls aus der Teilungsmasse Befriedigung sucht.[82]) Auch in diesem Falle ist Gegenstand der Erörterung und Feststellung lediglich die Forderung, nicht auch das beanspruchte Absonderungsrecht und bezw. Vorzugsrecht.[83]) Ebensowenig findet aus Anlass des Prüfungsverfahrens ein Widerspruch gegen das Vorzugsrecht statt. Dagegen ist der Konkursverwalter selbstverständlich befugt, das Vorzugsrecht sei es im Prüfungstermin, sei es ausserhalb des Prüfungsverfahrens zu bestreiten. Den Gläubigern ist ein Einfluss insofern gewahrt, als der Konkursverwalter unter Umständen zur Anerkennung von Absonderungsrechten die Genehmigung des etwa bestellten Gläubigerausschusses einzuholen hat.[84]) Soweit die Sache sich im Gewahrsam des angeblich absonderungsberechtigten Gläubigers befindet, wird der Konkursverwalter nötigenfalls auf Herausgabe der Sache an die Konkursmasse, nach vollzogener Verwertung der Sache auf Einzahlung des Erlöses an die Teilungsmasse zu klagen haben. Dieser Klage gegenüber liegt dem Gläubiger der Nachweis der sein angebliches Vorzugsrecht begründenden Thatsachen in der Form der Ein-

---

[82]) R. K. O. § 57.

[83]) Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung, Note 1 zu § 57 S. 288 Note I, 1 zu § 129 ff. S. 435.

[84]) R. K. O. § 121 Ziff. 2.

rede ob. Hat der Konkursverwalter die Sache oder den Erlös der Sache selbst in Händen, so kann er die Klagstellung des Gläubigers, dessen Vorzugsrecht er zu bestreiten veranlasst ist, ruhig abwarten. Der Gläubiger ist dann genötigt, gegen den Konkursverwalter und zwar wegen der konkurrirenden Befugnis des Konkursverwalters zur Verwertung der Sache alternativ entweder auf Herausgabe der Sache oder auf Herauszahlung des Erlöses bis zur Höhe der Forderung zu klagen und hiebei die zur Begründung des Vorzugsrechts erforderlichen rechtserheblichen Thatsachen zu beweisen.

Welche Folgen hat es, wenn der Gläubiger Forderung und Vorzugsrecht im Verfahren nicht zur Geltung bringt? Es wird darauf ankommen, ob der Gläubiger den Gewahrsam der Sache, deren Erlös Gegenstand des Vorzugsrechts ist, behalten hat oder ob die Sache von dem Konkursverwalter zugleich mit der übrigen Masse verwertet worden ist. Letzterenfalls ist das Vorzugsrecht verloren, sobald die Teilungsmasse vorschriftsmässig zur Verteilung gebracht ist. Das Vorzugsrecht ist eben kein Recht an der Sache, sondern lediglich ein Privilegium in Ansehung des Erlöses der Sache, welches geltend gemacht werden muss, wenn es berücksichtigt werden soll. Ein Erlös ist überdies nicht mehr vorhanden, wenn die Teilungsmasse gänzlich zur Verteilung gelangt ist. Ebensowenig sind die Gläubiger ungerechtfertigt bereichert, soweit sie nach gesetzlicher Vorschrift aus der Teilungsmasse Befriedigung erhalten haben. Anders ist zu entscheiden, wenn die Sache noch

im Gewahrsam des Gläubigers vorhanden ist und der Konkursverwalter sie an sich nehmen und verwerten will, um eine Nachtragsverteilung auf Grund des Schlussverzeichnisses vorzunehmen.[85]) Man wird nicht behaupten können, dass in diesem Fall der Absonderungsanspruch mit dem formellen Abschluss des Verfahrens hinfällig geworden sei. Die Reichskonkursordnung betrachtet in Ansehung nachträglich ermittelter Bestandteile der Konkursmasse das Verfahren als unbeendigt und noch der Erledigung bedürftig. Man wird folgerichtig das Verfahren auch insoweit als fortdauernd ansehen müssen, als es sich um die nachträgliche Geltendmachung von Absonderungsansprüchen in Ansehung solcher Vermögensstücke handelt. Die Geltendmachung des Absonderungsanspruchs erfolgt nicht durch förmliche Anmeldung, sondern durch eine einfache Anzeige. Diese ist auch nach beendigter Schlussverteilung und Aufhebung des Verfahrens noch möglich. Den absonderungsberechtigten Gläubiger wird daher lediglich der Rechtsnachteil treffen, dass er die Kosten der etwa veranlassten Nachtragsverteilung zu tragen hat.[86])

Das Vorzugsrecht erleidet dadurch, dass es in der Form eines Absonderungsrechts gewährt wird, in seiner rechtlichen Natur keine wesentliche Veränderung. Der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung macht den wesentlichen Inhalt der Bevorrechtigung aus; der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung kann in Wegfall kommen, ohne dass dem Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung dadurch

[85]) R. K. O. § 153 Abs. 2.
[86]) R. K. O. § 109.

irgendwie Eintrag gethan wird. Aber auch die abgesonderte Befriedigung vollzieht sich zwar unabhängig von der Thätigkeit des Konkursverwalters, jedoch unter Mitwirkung eines anderen Organs der öffentlichen Gewalt, nämlich entweder des Gerichtsvollziehers oder des Vollstreckungsgerichts. Allerdings kann man sagen, dass das Absonderungsrecht zunächst gewissermassen auf die Person des Pfandgläubigers zugeschnitten ist. Dem Recht des Pfandgläubigers an der Pfandsache ist die durch den Absonderungsanspruch gegenüber den weiteren Konkursgläubigern gewährte unabhängige Stellung durchaus entsprechend. Dagegen würde der Natur des Vorzugsrechts eine stärkere Hereinziehung in das Verfahren nicht unangemessen sein. An früherer Stelle wurde ausgeführt, dass die rechtliche Natur der allgemeinen Vorzugsrechte und der besonderen Vorzugsrechte in der Hauptsache gleichartig ist. Es ist nicht einzusehen, warum die einen und die anderen Vorzugsrechte im Verfahren grundsätzlich verschieden behandelt werden sollen, insbesondere auch warum die besonderen Vorzugsrechte im Gegensatz zu den allgemeinen Vorzugsrechten von dem Erfordernis der Anmeldung, Prüfung und Feststellung im Prüfungsverfahren entbunden sein sollen. Die Frage, ob nicht auch die besonderen Vorzugsrechte besser rein als Ansprüche auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös gewisser Teilstücke der Konkursmasse auszugestalten wären, dürfte einer näheren Prüfung vielleicht nicht unwert sein.

## § 12.
## Die Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens in das unbewegliche Vermögen.

Für die Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens in das unbewegliche Vermögen sind zur Zeit die Landesgesetze ausschliesslich massgebend.

Es möge gestattet sein, die nachfolgende Darstellung auf eine Zusammenfassung der Vorschriften der preussischen Subhastationsordnung vom 13. Juli 1883 und der bayerischen Subhastationsordnung vom 23. Februar 1879 nebst der Novelle vom 29. Mai 1886 zu beschränken.

Zunächst bedarf der Umkreis der Vorzugsrechte des Zwangsversteigerungsverfahrens der näheren Feststellung. Nach den früheren Ausführungen ist klar, dass vor allem die dinglichen Rechte der sogenannten Realgläubiger auch im Zwangsvollstreckungsverfahren keine Vorzugsrechte sind. Zu diesen Gläubigern zählen nach preussischem Recht insbesondere die Hypothek- und Grundschuldgläubiger, nach bayerischem Recht die Hypothek- und Ewiggeldgläubiger. Auch der zur Zurücknahme des Grundstücks berechtigte Vorbesitzer ist hieher zu stellen. Alle diese Gläubiger üben im Zwangsvollstreckungsverfahren eben lediglich ihr Realrecht, nicht ein ihnen gleichzeitig verliehenes besonderes Vorzugsrecht aus. Auch der Gläubiger, welchem ein Vorzugsrecht im Sinne des pfälzischen (französischen) Civilgesetzbuchs zusteht, ist hier anzureihen, da diesen Vorzugsrechten in ganz

gleicher Weise wie den Unterpfandsrechten die Bedeutung eines gesetzlichen Titels zur Hypothek zukommt, welcher in seiner Wirksamkeit auf das Verfahren keineswegs beschränkt ist.[87]) Endlich ist auch das Recht des Beschlagnahmegläubigers in Ansehung des beschlagnahmten Grundstücks kein Vorzugsrecht, sondern ein Vollstreckungspfandrecht. Vorzugsrechte im Sinne der gegenwärtigen Darstellung können demnach nur diejenigen Bevorrechtigungen sein, welche den öffentlichen Abgaben und einigen anderen Forderungen in den §§ 25 bis 28 der preussischen Subhastationsordnung,[88]) sowie in Art. 108 Ziff. 1 der bayerischen Subhastationsordnung nebst Art. 46 der Novelle verliehen sind. Die preussische Subhastationsordnung zählt diese bevorrechtigten Gläubiger den Realberechtigten zu,[89]) was insofern irreführend ist, als man unter Realgläubigern gemeinhin die mit einem dinglichen Recht versehenen Gläubiger zu verstehen pflegt. Die bayerische Subhastationsordnung verwendet, wie

---

[87]) Gesetz zur Ausführung der C. Pr. O. und K. O. vom 23. Febr. 1879 art. 198 Abs. 3. Soweit diese Vorzugsrechte des pfälzischen Rechte ohne Einschreibung wirksam sind (art. 200), nähern sie sich in der Wirksamkeit wiederum blossen Vorzugsrechten im Sinne dieser Darstellung.

[88]) Die in § 24 der preussischen Subhastationsordnung in erster Reihe für bevorrechtigt erklärten Aufwendungen sind Kosten des Vollstreckungsverfahrens; ihr Vorrang beruht daher nicht sowohl auf einer besonderen Rechtsvergünstigung als auf der Natur der Sache. Diesen Fehler vermeidet art. 107 Abs. 2 der bayerischen Subhastationsordnung.

[89]) Preuss. S. O. § 21. Ziff. 4.

bereits an früherer Stelle berührt, den Ausdruck Vorzugsrecht zur Bezeichnung der verschiedenartigsten Fälle, in welchen ein Vorrang eines Gläubigers vor anderen Gläubigern gegeben ist. Beide Subhastationsordnungen gewähren das Vorzugsrecht in der Form eines Vorrangs auch vor dem bestberechtigten Hypothekgläubiger. Daneben kennt die preussische Subhastationsordnung ein viel weniger weitgehendes Vorzugsrecht, von welchem weiter unten zu sprechen sein wird. Die preussische Subhastationsordnung stellt eine Rangordnung der bevorzugten Forderungen auf. Die bayerische Subhastationsordnung hat hievon wohl mit Recht abgesehen, da schwerlich eine Zwangsversteigerung vorkommen wird, bei welcher nicht einmal die bevorzugten Forderungen unverkürzt zur Befriedigung gelangen sollten. Beide Subhastationsordnungen machen die Gewährung des Vorzugsrechts von einer zeitlichen Qualifikation der zu bevorzugenden Forderung abhängig. Der privilegirte Zeitraum umfasst nach der Natur zunächst die Zeit von der Beschlagnahme bis zur Erteilung des Zuschlags. Die bayerische Subhastationsordnung erstreckt sodann den privilegirten Zeitraum nach rückwärts auf das bei der Beschlagnahme laufende und die vorhergehenden zwei Kalenderjahre, in dem besonderen Falle des Art. 46 der Novelle nur auf das letzte der Beschlagnahme vorausgegangene Jahr. Die preussische Subhastationsordnung erklärt für privilegirt die laufenden Beträge und die Rückstände aus den beiden letzten Jahren, in dem besonderen Falle des § 26 lediglich die Rückstände aus dem letzten Jahr. Der massgebende Zeitpunkt für die Berechnung der laufen-

den und der rückständigen Beträge ist der letztverflossene Fälligkeitstermin vor der ersten Beschlagnahme.[90]) Die preussische Subhastationsordnung führt allerdings das Prinzip der zeitlichen Beschränkung der Vorzugsrechte nicht konsequent durch, indem sie auch den älteren Rückständen ein freilich sehr abgeschwächtes Vorzugsrecht im Nachgang zu den Realgläubigern und Beschlagnahmegläubigern gewährt, wonach diese Rückstände wenigstens den älteren als zweijährigen Zinsrückständen im Rang vorzugehen haben.[91]) Besonders bezeichnend tritt das Erfordernis einer zeitlichen Qualifikation der Forderung in dem Fall des Art. 37 Abs. 1 der Novelle zur bayerischen Subhastationsordnung hervor, sofern nämlich der bevorzugte Gläubiger nach geschehener Zwangsversteigerung die Forderung stehen lässt, dadurch deren Uebernahme durch den Ansteigerer bewilligt, später aber auf erfolgte neuerliche Beschlagnahme des Grundstücks auch das Vorzugsrecht neuerdings geltend macht. Hier ist für die Berechnung des privilegirten Zeitraumes der Zeitpunkt der neuen Beschlagnahme, nicht der früheren Beschlagnahme massgebend.[92])

Auch für die Berücksichtigung der Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens in das unbewegliche

---

[90]) Preuss. S. O. § 36.

[91]) Preuss. S. O. § 37.

[92]) Die Motive (S. 161) erklären dies damit, dass dem „rechtlichen Interesse der Gläubiger Genüge geleistet wird, wenn ihnen das Vorzugsrecht in dem Umfange erhalten bleibt, in welchem es ihnen zustände, wenn die Beschlagnahme nicht erfolgt wäre“ und dass es „an einem inneren Grund“ dafür fehle, durch die Zwangsvollstreckung „ein zeitlich beschränktes Vorzugsrecht zum Nachteile anderer Beteiligter zu einem dauernden werden zu

Vermögen ist deren Geltendmachung im Verfahren die unerlässliche Voraussetzung. Form der Geltendmachung ist die Anmeldung. Die Anmeldung der Forderung und des beanspruchten Vorzugsrechts ist zunächst im Versteigerungsverfahren und zwar längstens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten zu vollziehen. Die preussische Subhastationsordnung fordert ausser der Anmeldung auch noch die Glaubhaftmachung für den Fall, dass die Forderung oder auch das Vorrecht seitens des betreibenden Gläubigers bestritten wird. Die Unterlassung der Anmeldung hat den Verlust des Ranges der Forderung insofern zur Folge, als die Forderung bei der Belegung des Kaufgelds erst hinter den sämmtlichen bei der Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigten Forderungen zum Zug gelangt, sohin nicht selten ungedeckt bleiben wird.[93]) Für das Verteilungsverfahren schreibt die preussische Subhastationsordnung eine wiederholte Anmeldung vor

---

lassen.“ Der Ausschussbericht bemerkt (S. 278) dass die Gläubiger, welche Baarzahlung aus der Masse zu fordern haben, sofern sie diese Befugnis nicht ausüben und auch die Wiederversteigerung gegen den säumigen Ansteigerer nicht beantragen, diesem letzteren kreditiren, „ohne sich ihr dingliches und beziehungsweise vorzügliches (!) Recht in Ansehung der fälligen Ansprüche dauernd zu konserviren“. Fasst man das Vorzugsrecht, wie es hier geschieht, als ein „wohlerworbenes Recht“ auf, so ist es freilich schwer zu erklären, wie von diesem Recht gewissermassen mit jedem weiteren Tag ein weiteres Stück abbröckeln kann. Betrachtet man dagegen das Vorzugsrecht lediglich als ein im Verfahren gewährtes Privilegium, so ist die Zurückberechnung des privilegirten Zeitraums von der neuerlichen Beschlagnahme eigentlich selbstverständlich.

[93]) Preussische S. O. § 40 Ziff. 8, § 56, Novelle art. 3 Abs. 2, art. 20 Abs. 2.

dem Termine oder im Termine vor.[94]) Die bayerische Subhastationsordnung lässt die bevorrechtigte Forderung von Amtswegen in den Verteilungsplan eingestellt werden, soweit sie bereits zu den Vollstreckungsakten angemeldet ist. Andernfalls ist die nachträgliche Anmeldung im Verteilungsverfahren unerlässlich. Diese Anmeldung ist binnen der zweiwöchigen Anmeldefrist zu vollziehen. Sie kann unter gewissen Rechtsnachteilen auch noch nach Ablauf der Frist und bis zum Schluss des Verteilungstermins nachgeholt werden. Die Nichtanmeldung der bevorrechtigten Forderung bis zum Schluss des Verteilungstermins hat nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes den Ausschluss der Forderung von der Masse zur Folge.[95]) Die mit dem Vorzugsrecht versehene Forderung oder auch das Vorzugsrecht für sich allein kann im Verteilungsverfahren von jedem mitbeteiligten Gläubiger bestritten werden. Was den Schuldner anlangt, so lässt sich kaum ein Fall denken, in welchem er ein rechtliches Interesse haben wird, einen lediglich gegen das Vorzugsrecht gerichteten Widerspruch zu erheben. Die Bestreitung des Vorzugsrechts wird nach der Natur des Verfahrens die Form eines Widerspruchs gegen den Verteilungsplan annehmen müssen, sei es, dass der angeblich bevorzugte Gläubiger die Berücksichtigung des im Verteilungsplan nicht berücksichtigten Vorzugsrechts oder dass ein mitbeteiligter Gläubiger die Nichtberücksichtigung des im Verteilungsplan berücksichtigten Vorzugsrechts zu beantragen ver-

---

[94]) Preussische S. O. § 106.

[95]) Bayerische S. O. artt. 97—99.

anlasst ist. Die preussische Subhastationsordnung legt die Rolle eines Klägers im Falle eines Widerspruchs gegen das Vorzugsrecht dem das Vorzugsrecht beanspruchenden Gläubiger auf.[96]) Nach der bayerischen Subhastationsordnung ist die Durchführung eines gegen den Verteilungsplan erhobenen Widerspruchs Sache des widersprechenden Gläubigers, so dass der angeblich bevorzugte Gläubiger Beklagter oder Kläger ist, je nachdem das Vollstreckungsgericht bei Aufstellung des Verteilungsplans das Vorzugsrecht berücksichtigt oder nicht berücksichtigt hat.[97]) Der praktische Unterschied ist nicht erheblich, weil der bevorzugte Gläubiger auch in der Rolle des Beklagten einredeweise diejenigen rechtserheblichen Thatsachen darzuthun haben wird, welche zur Begründung des Vorzugsrechts erforderlich sind. Die Klage mit welcher die Anerkennung des Vorzugsrechts oder ein Widerspruch gegen das Vorzugsrecht verfolgt wird, muss in allen Fällen die Natur einer Feststellungsklage haben.

Auf Grund der endgiltigen Aufnahme des Vorzugsrechts in den Verteilungsplan kann der bevorzugte Gläubiger vorzugsweise Befriedigung aus dem baar zu entrichtenden Teile des Kaufgelds verlangen. Die Verletzung dieses Anspruchs kann für den bevorzugten Gläubiger einerseits eine Forderung gegen den Vollstreckungsrichter auf Schadloshaltung und andrerseits eine Forderung auf Herausgabe der Bereicherung gegen diejenigen

---

[96]) Preussische S. O. § 114. Auf die Vollstreckbarkeit der Forderung kann es auch hier aus dem bei Note 66 aufgeführten Grunde nicht ankommen.

[97]) Bayerische S. O. art. 117.

weiteren Beteiligten begründen, welche auf Kosten des bevorrechtigten Gläubigers einen Kaufgeldbetrag erhalten haben. Die Natur des Vorzugsrechts als eines auf den Erlös gerichteten Anspruchs tritt gerade hier besonders deutlich hervor, indem der bevorrechtigte Gläubiger Baarzahlung verlangen kann,[98]) während der Realgläubiger, wenigstens soweit seine Forderung bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt ist, sich mit dem Eintritt des Ansteigerers als Schuldners in die Schuld begnügen muss.[99]) Selbstverständlich ist es auch dem bevorrechtigten Gläubiger unverwehrt, auf der Baarzahlung nicht zu bestehen und dem Ansteigerer die Uebernahme der Schuld ausdrücklich oder auch stillschweigend zu verstatten. In diesem Falle kann von einem Vorzugsrecht zunächst nicht mehr die Rede sein. Kommt es später zu einer neuerlichen Beschlagnahme, so ist das in dem neuen Verfahren beanspruchte Vorzugsrecht ein völlig neues Vorzugsrecht, welches allerdings auch hinsichtlich der von dem Ansteigerer übernommenen Beträge, soweit sie in den privilegirten Zeitraum fallen, beansprucht werden kann.[100])

Die Vorzugsrechte des Zwangsverwaltungsverfahrens decken sich in der Hauptsache mit den Vorzugsrechten des Zwangsversteigerungsverfahrens.[101]) Ein Unterschied besteht insoferne, als das

[98]) Preussische S. O. § 57 Abs. 1, Bayerische S. O. art. 55 Ziff. 1, Novelle art 8. Abs. 3.

[99]) Preussische S. O. § 57. Abs. 3, Novelle art 6 Abs. 1.

[100]) Novelle art. 37 Abs. 1.

[101]) Preussische S. O. §§ 147, 149, Bayerische S. O art. 151 Ziff. 1.

Vorzugsrecht im Zwangsverwaltungsverfahren auf die laufenden Beträge der bevorrechtigten Forderungen sich nicht erstreckt. Diese Beträge bedürfen nämlich des Vorzugsrechts aus dem Grunde nicht, weil sie nach der Natur der Sache und ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes als Verwaltungskosten zu behandeln und daher von dem Verwalter unmittelbar aus den Einkünften der Zwangsverwaltung wegzufertigen sind [102]) Im übrigen bieten die Abweichungen, welche sich aus der Verschiedenheit beider Verfahren hinsichtlich der Geltendmachung der Vorzugsrechte ergeben, für den Zweck dieser Darstellung kein Interesse.

Eine Klage des Gläubigers, dessen Forderung an sich bevorrechtigt gewesen wäre, jedoch im Verfahren nicht geltend gemacht wurde, gegen die am Verfahren beteiligten Gläubiger findet nicht statt Allerdings gewährt die bayerische Subhastationsordnung in gewissen Fällen einem Gläubiger gegen einen andern Gläubiger eine Klage auf Herauszahlung eines empfangenen Kaufgeldbetrages, gewissermassen auf Grund eines besseren Rechts an dem Erlös. Allein soweit diese Fälle hier anwendbar sind, haben sie zur Voraussetzung, dass die bevorrechtigte Forderung im Verfahren geltend gemacht wurde, jedoch aus besonderen Gründen bei der Verteilung nicht berücksichtigt werden konnte.[103]) Es handelt sich also um Fälle, in welchen

[102]) Preussische S. O. § 148 Abs. 2, Bayerische S. O. art. 134 Ziff. 5.

[103]) Als solche Fälle sind denkbar

a) der Fall des art. 114, wenn die bevorrechtigte Forderung

der Verteilungsplan lediglich in provisorischer Weise zur Ausführung gelangt ist. Im übrigen ist auch für die bayerische Subhastationsordnung daran festzuhalten, dass ein besseres Recht an dem Erlös, welches den Erlös gewissermassen in die Hand eines jeden Empfängers begleitet, überhaupt nicht gedacht werden kann. Was die Preussische Subhastationsordnung anlangt, so lassen die Motive zu § 134 des Gesetzes die Frage offen, inwieweit einem Gläubiger eine nachträgliche Forderung und Klage auf Herausgabe des Erlöses gegenüber anderen Beteiligten zustehen könne, da diese Frage lediglich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beantworten sei. Dies trifft zwar für die eigentlichen Realforderungen zu, nicht aber für die Forderungen, welche lediglich mit einem Vorzugsrecht versehen sind, da die Berücksichtigung von Privilegien begriffsmässig deren Geltendmachung im Verfahren zur Voraussetzung hat.

Welchen Einfluss hat es auf die Ausübung der Vorzugsrechte, wenn das Zwangsvollstreckungsverfahren in das unbewegliche Vermögen mit dem Konkursverfahren zusammentrifft? Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Forderungen, welche mit einem Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens in das unbewegliche

---

dem Betrage nach der Feststellung bedurfte und der Gläubiger die Feststellungsklage nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist erhoben hat.

b) Der Fall des art. 117, wenn der Gläubiger einer bevorrechtigten Forderung, welche im Verteilungsplan Berücksichtigung nicht gefunden hat, zwar Widerspruch gegen den Plan erhoben, aber die Frist zur Stellung der Klage nicht gewahrt hat.

Vermögen versehen sind, ausnahmslos auch ein Vorzugsrecht und Absonderungsrecht im Konkursverfahren anzusprechen haben. Es können sich daher Abweichungen nur in Ansehung der Ausübung der Vorzugsrechte ergeben. Es liegt aber keinerlei Grund vor, weshalb nicht im Konkursverfahren sowohl die eine als die andere Form der Bevorrechtigung beansprucht werden kann. War das Zwangsvollstreckungsverfahren bei Eröffnung des Konkurses bereits in Gang, so ist dasselbe unverändert fortzuführen und auch die Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens können in unveränderter Weise weiter ausgeübt werden. Auch soweit die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erst nach Eröffnung des Konkurses eingeleitet wird, sind die Vorzugsrechte zunächst als Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens zur Geltung zu bringen. Daneben bleibt der mit der Einleitung des Konkursverfahrens begründete Absonderungsanspruch insolange wirksam, als nicht bereits das Zwangsvollstreckungsverfahren zu einer Befriedigung des Gläubigers geführt hat. Der Absonderungsanspruch kann insbesondere auch noch nach Beendigung des Zwangsvollstreckungsverfahrens an dem in die Hände des Konkursverwalters gelangten Erlös, ferner auch in dem Fall ausgeübt werden, wenn der Konkursverwalter das Grundstück aus freier Hand verkauft hat. Der Absonderungsanspruch bleibt auch insofern wirksam, als er dem Gläubiger die Befugnis zur selbstständigen Betreibung der Zwangsvollstreckung verleiht, eine Befugnis, von welcher der bevorrechtigte Gläubiger nach der Natur der Sache freilich nur in den seltensten Fällen Gebrauch machen wird.

## § 13.

## Die Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens in das bewegliche Vermögen.

Eine abschliessende Regelung der Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens in das bewegliche Vermögen musste der Reichscivilprozessordnung schon deshalb versagt sein, weil sie ohne erheblichen Eingriff in das bürgerliche Recht nicht durchzuführen war. Die Reichscivilprozessordnung hätte allerdings in ähnlicher Weise wie die Reichskonkursordnung provisorisch die Frage regeln können, mit welchen Forderungen ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös einer gepfändeten Sache zu verbinden sei. Der Umkreis der hiebei zu berücksichtigenden Forderungen war gegeben; denn es konnte sich doch nur darum handeln, den im Konkursverfahren mit einer Bevorrechtigung in Ansehung bestimmter beweglicher Vermögensstücke des Schuldners versehenen Forderungen eine analoge Bevorrechtigung auch für das Zwangsvollstreckungsverfahren zu gewähren. Die Reichscivilprozessordnung hat diesen Weg gleichwohl nicht eingeschlagen. Wenn die Reichskonkursordnung die Aufstellung von Ansprüchen auf abgesonderte und vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös gewisser Bestandteile der Konkursmasse nicht umgehen konnte, so bestand für die Reichscivilprozessordnung nicht entfernt die gleiche Nötigung zur Regelung von Ansprüchen auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der gepfändeten Sache. Nach dem System der Reichscivil-

prozessordnung braucht auch der blosse Inhaber einer Sache des Schuldners deren Pfändung nicht zu gestatten.[104]) Durch diese Vorschrift ist namentlich allen mit einem Zurückbehaltungsrecht versehenen Gläubigern ein ausreichender Schutz im Zwangsvollstreckungsverfahren bereits gewährt. Die Reichscivilprozessordnung hatte ferner mit der Thatsache zu rechnen, dass im französischen Recht und in anderen Rechtsgebieten[105]) bereits Vorzugsrechte an beweglichen Sachen geregelt und zwar im wesentlichen als ein Rechtsinstitut des bürgerlichen Rechts geregelt waren. Ja sie steht unverkennbar selbst unter dem Einflusse der Anschauung, wonach die Vorzugsrechte an beweglichen Sachen als pfandartige dingliche oder halbdingliche Rechte aufzufassen sind. Die Reichscivilprozessordnung begnügt sich daher mit einer Auseinandersetzung gegenüber den bestehenden oder künftig noch einzuführenden Spezialpfandrechten und Spezialvorzugsrechten der Landesgesetzgebung. Sie bestimmt zunächst, dass das Pfändungspfandrecht allen Pfand- und Vorzugsrechten im Rang vorgehen solle, welche für den Fall des Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind.[106]) Hiedurch wird der Landesgesetzgebung in Ansehung der Zulassung von Vorzugsrechten eine nicht zu überschreitende Grenze gezogen, weil ein Vorzugsrecht des

[104]) R. C. Pr. O. § 713.

[105]) So im rechtsrheinischen Bayern durch Artt. 920 u. 938 Ziff. 2 der Civilprozessordnung vom 29. April 1869 in Verbindung mit § 21 Ziff. 3, 4, 5 der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822.

[106]) R. C. Pr. O, § 709 Abs. 2.

Zwangsvollstreckungsverfahrens, welches einen Vorrang vor dem Pfändungspfandrecht nicht begründet, überhaupt nicht gedacht werden kann. Sodann wird bestimmt, dass ein Gläubiger, welcher zwar mit einem gegenüber dem Pfändungspfandrecht wirksamen Pfandrecht oder Vorzugsrecht versehen, jedoch nicht im Besitz der Sache ist, der Pfändung zu widersprechen nicht befugt, vielmehr lediglich auf einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der Sache beschränkt sein soll.[107]) Auch diese Vorschrift ist keineswegs dahin aufzufassen, als ob die Civilprozessordnung in solchen Fällen an Stelle des landesgesetzlichen Pfand- und Vorzugsrechts einen reichsgesetzlichen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös habe gewähren wollen. Ihr Sinn kann nur dahin gehen, dass das landesgesetzliche Pfand- und Vorzugsrecht in diesen Fällen eben nur soweit ausgeübt werden soll, als in ihm ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der Sache enthalten ist.

Aufgabe der Landesgesetzgebung war es, die landesrechtlich bestehenden Pfand- und Vorzugsrechte den erwähnten Vorschriften der Reichscivilprozessordnung anzupassen.

Diese Aufgabe löst für Preussen das preussische Ausführungsgesetz zur deutschen Konkursordnung vom 6. März 1879. Dasselbe erklärt in § 7 „die Vorschriften des § 41 der deutschen Konkursordnung“ als anwendbar auch „ausserhalb des Konkursverfahrens

[107]) R. C. Pr. O. § 710 Abs. 1.

auf das Verhältnis der durch diese Vorschriften den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Gläubiger zu anderen Gläubigern des Schuldners“ und bestimmt weiter, dass „für Forderungen, für welche durch die Vorschriften der deutschen Konkursordnung ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen Gegenständen des beweglichen Vermögens nicht zugelassen ist,“ auch ausserhalb des Konkursverfahrens kein „Absonderungsrecht oder Vorzugsrecht an solchen Gegenständen“ bestehen solle. Für Bayern ist die Regelung durch das Gesetz zur Ausführung der Civilprozessordnung und Konkursordnung vom 23. Februar 1879 erfolgt. Die Lösung der gestellten Aufgabe gestaltet sich hier insofern verhältnissmässig einfach, als die gesetzlichen Pfandrechte an beweglichen Sachen schon durch die ältere Gesetzgebung beseitigt sind.[108]) Zunächst schafft Art. 140 des Gesetzes neue „Vorzugsrechte an beweglichen Sachen“ für das Gebiet rechts des Rheins. Hienach „können die in § 41 Ziff. 2 bis 7 der Konkursordnung aufgeführten Gläubiger in Ansehung der dort bezeichneten Ansprüche aus den dort bezeichneten Sachen vorzugsweise Befriedigung vor den Gläubigern verlangen, welche nach Begründung des Vorzugsrechts durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben.“ Durch Art. 235 Ziff. 1 und 3 sind die im rechtsrheinischen Gebiete bisher zugelassenen Vorzugsrechte aufgehoben. Für das Gebiet des pfälzischen (französischen) Rechts werden durch Art. 198 des Gesetzes die bisherigen Vorzugsrechte an beweglichen Sachen des pfälzischen Civilgesetzbuchs beseitigt und auch alle in sonstigen Gesetzen begrün-

[108]) Roth, Bayer. Civilrecht Bd. II § 197 Note 33.

deten Vorzugsrechte an beweglichen Sachen, welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind, ausser Kraft gesetzt. Durch Art. 199 wird bestimmt, dass „die in den §§ 40 und 41 der Konkursordnung aufgeführten Forderungen“ „bezüglich der dabei bezeichneten Gegenstände“ „ein Vorzugsrecht an bestimmten beweglichen Sachen im Sinne des pfälzischen Civilgesetzbuchs“ geniessen sollen.

Diese landesgesetzlich gewährten „Rechte“ sind keineswegs alle als Vorzugsrechte im Sinne der gegenwärtigen Darstellung anzusprechen. Nur soweit sie als Absonderungsrechte des Konkursverfahrens auf eigentliche Vorzugsrechte zurückzuführen sind, wird ihnen auch im Zwangsvollstreckungsverfahren die Natur solcher Vorzugsrechte beizulegen sein.

Was die Geltendmachung der Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens in das bewegliche Vermögen betrifft, so bestimmt die Reichscivilprozessordnung, dass der Gläubiger, welcher ein wirksames Vorzugsrecht anzusprechen hat, aber im Besitz der Sache sich nicht befindet, seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös im Wege der Klage geltend machen kann, ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht. Sie ordnet weiter einen besonderen Gerichtsstand zu Gunsten dieser Klage an, indem die Klage bei dem Vollstreckungsgericht, und wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem Landgericht zu erheben ist, in dessen Bezirk das Vollstreckungsgericht seinen Sitz hat. Sie schreibt endlich vor, dass im Falle der Glaubhaftmachung des Anspruchs das Gericht die Hinter-

legung des Erlöses anzuordnen hat.[109]) Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, dass es nicht die Absicht der Reichscivilprozessordnung war, hiemit die Geltendmachung des Vorzugsrechts abschliessend zu regeln oder gar als Form der Geltendmachung des Vorzugsrechts die Klagestellung vorzuschreiben. Die Erhebung einer Klage ist nach der Natur der Sache erst dann veranlasst, wenn das beanspruchte Vorzugsrecht sei es mit der Forderung oder auch ohne die Forderung bestritten und der Gläubiger dadurch genötigt wird, die Anerkennung der Forderung und des Vorzugsrechts oder auch lediglich des Vorzugsrechts mittelst Klage zu erzwingen.[110]) Die Reichscivilprozessordnung bezweckt offenbar nichts anderes als für den Fall der Klagestellung gewisse Vorschriften zu geben, durch welche dem Gläubiger die Durchführung der Klage erleichtert und die Befriedigung aus dem Erlös gesichert werden soll. Von besonderer Wichtigkeit ist hiebei die Vorschrift, dass es auf die Fälligkeit der Forderung nicht anzukommen hat. Diese Vorteile gewährt das Gesetz nach seinem Wortlaut eigentlich nur demjenigen bevorrechtigten Gläubiger, welcher sich nicht im Besitz der Sache befindet, gewissermassen zur Schadloshaltung dafür, dass ihm ein Widerspruch gegen die Pfändung versagt ist. Indessen wird auch derjenige Gläubiger, welcher im Besitz der Sache ist, gleichwohl aber die Pfändung verstattet, die gleichen Vorteile zu geniessen haben; denn man kann sagen, dass der Gläubiger, indem

[109]) R. C. Pr. O. S. 710.
[110]) Motive zur R. C. Pr. O. S. 509.

er die Pfändung der Sache verstattet, sich aus einem besitzenden Gläubiger in einen nichtbesitzenden Gläubiger verwandelt. Die Form der Geltendmachung des Vorzugsrechts wird durch die Reichscivilprozessordnung demnach überhaupt nicht geregelt. Vielmehr wird die Frage, in welcher Form das Vorzugsrecht zu beanspruchen ist, aus der Natur dieser Bevorrechtigung zu beantworten sein. An früherer Stelle wurde ausgeführt, dass das Vorzugsrecht einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös erzeugt, welcher sich unmittelbar gegen dasjenige öffentliche Organ richtet, welches mit der Verwendung des Erlöses betraut ist. Die Verwendung des Erlöses liegt im Zwangsvollstreckungsverfahren in das bewegliche Vermögen zunächst dem Gerichtsvollzieher ob. Sie liegt dem Zwangsvollstreckungsgericht ob, wenn eine Hinterlegung des Erlöses stattgefunden hat. Es ist daher auch der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung gegenüber dem Gerichtsvollzieher oder gegenüber dem Vollstreckungsgericht zu erheben, je nachdem das eine oder das andere Organ den Erlös in Händen hat. Zur Erhebung des Anspruchs wird eine einfache, schriftliche oder mündliche Anzeige als genügend anzusehen sein. Gerichtsvollzieher oder Vollstreckungsgericht haben die Beteiligten von dem erhobenen Anspruch zu verständigen. Als Beteiligte sind der erste Pfändungsgläubiger, die etwa noch hinzutretenden Pfändungsgläubiger und der Schuldner zu erachten. Jeder Beteiligte ist befugt, den erhobenen Anspruch zu bestreiten. Die Bestreitung des Anspruchs kann sich

auf eine Bestreitung der Forderung oder lediglich auf eine Bestreitung der Eigenschaft der Forderung als einer bevorrechtigten Forderung gründen. Die Befugnis, den Anspruch lediglich aus dem letzteren Gesichtspunkt zu bestreiten, wird selbst dem Schuldner nicht abzusprechen sein; denn von der Anerkennung oder Nichtanerkennung des Vorzugsrechts kann möglicherweise der Umfang der Zwangsvollstreckung abhängig sein. Ist der Anspruch unbestritten geblieben, so kann der bevorrechtigte Gläubiger Wegfertigung seiner Forderung verlangen, sobald die Verwertung der Sache vollzogen ist. War bei Erhebung des Anspruchs die Sache bereits verwertet, so kann er sofortige Befriedigung verlangen. Die Fälligkeit der Forderung abzuwarten und den Erlös einstweilen zu verwahren, besteht keinerlei rechtliches Interesse. Dagegen wird der Gläubiger sich gefallen lassen müssen, dass der Zwischenzins in Abzug gebracht wird. Sofern ein Verteilungsverfahren stattzufinden hat, erfolgt die Befriedigung des bevorrechtigten Gläubigers unabhängig von diesem Verfahren; er gilt nicht als Beteiligter dieses Verfahrens.[111]) Im Falle der Bestreitung des Anspruchs ist der Gläubiger auf den Weg der Klage zu verweisen. Die Klage ist darauf zu richten, dass der bestreitende Beteiligte den Anspruch des Klägers auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der gepfändeten Sache anzuerkennen habe. Der Kläger hat in Ausführung der Klage sowohl den Bestand seiner Forderung, soweit diese bestritten wird, als auch das

[111]) Motive zur R. C. Pr. O. S. 569. Pemsel Civilprozessordnung Note 2 zu § 758 ff. S. 220.

Vorhandensein der speziell das Vorzugsrecht begründenden rechtserheblichen Thatsachen darzuthun. Die Klage hat die rechtliche Natur einer Feststellungsklage. Nach der Natur der Sache kann die Feststellung gegenüber den sämmtlichen bestreitenden Beteiligten nur einheitlich erfolgen und sind diese demnach als notwendige Streitgenossen zu erachten.

Bis zu welchem Zeitpunkt kann das Vorzugsrecht geltend gemacht werden? Nachdem die Reichscivilprozessordnung eine feste zeitliche Grenze nicht zieht, muss die Erhebung des Anspruchs auf vorzugsweise Befriedigung ebensolange zulässig sein, als sie überhaupt möglich ist. Die Möglichkeit der Geltendmachung des Vorzugsrechts fällt mit der Dauer des Zwangsvollstreckungsverfahrens einschliesslich des etwaigen Verteilungsverfahrens zusammen. Das Vorzugsrecht kann insbesondere auch noch nach geschehenem Zwangsverkauf beansprucht werden, solange der Erlös in der Hand des Gerichtsvollziehers oder Vollstreckungsgerichts sich befindet. Die Erhebung des Anspruchs ist ausgeschlossen, sobald der Erlös an die Beteiligten des Verfahrens hinausgegeben worden ist. In diesem Falle kann dem Gläubiger der bevorrechtigten Forderung auch eine Forderung auf Herausgabe der Bereicherung gegen diejenigen Gläubiger nicht zustehen, in deren Hände der Erlös gelangt ist. Diese Gläubiger sind nicht ungerechtfertigt bereichert, soweit ein anderer Gläubiger die Geltendmachung des ihm für den Fall des Zwangsvollstreckungsverfahrens gewährten Privilegiums verabsäumt hat.

Anders liegt die Sache, sofern der Gläubiger den

Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung rechtzeitig erhoben hat, der Erlös aber gleichwohl an die sonstigen Beteiligten des Verfahrens hinausgezahlt worden ist. Dies ist auch abgesehen von einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung des Anspruchs seitens des Gerichtsvollziehers oder des Vollstreckungsgerichts, welche eine Forderung auf Schadloshaltung begründen würde, nicht undenkbar. Denn das Gesetz lässt eine Hinterlegung des Erlöses nicht unbedingt eintreten, sondern nur dann, wenn der Gläubiger sie beantragt und seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung glaubhaft gemacht hat. Die Hinausgabe des Erlöses an die sonstigen Beteiligten wird selbst durch die Klagestellung des angeblich bevorrechtigten Gläubigers nicht unbedingt ausgeschlossen. Mit der Hinausgabe des Erlöses ist das Zwangsvollstreckungsverfahren unter allen Umständen und unwiderruflich beendigt. Von einem Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös kann nicht mehr die Rede sein. Die etwa bereits eingeleitete Klage auf Anerkennung dieses Anspruchs muss als gegenstandslos erachtet werden. Insofern aber das Vorzugsrecht trotz entsprechender Wahrung bei Erledigung des Verfahrens unberücksichtigt bleiben musste, steht dem bevorrechtigten Gläubiger zweifellos eine Forderung aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung gegen denjenigen Beteiligten zu, welcher aus dem Erlös einen Betrag erhalten hat, welcher ihm nicht zugefallen wäre, wenn das Vorzugsrecht bei der Erledigung des Verfahrens hätte berücksichtigt werden können.[112])

[112]) Auf diese Klage findet § 710 der R. C. Pr. O. nicht

Die Gestaltung der vorwürfigen Materie seitens der Reichscivilprozessordnung hat etwas Unfertiges. Es erklärt sich dies aus der Behandlung der Vorzugsrechte als eines Rechtsinstituts des bürgerlichen Rechts. Der bevorrechtigte Gläubiger wird als ausserhalb des Verfahrens stehend behandelt. Dass dies wenig zweckmässig ist, mag das nachfolgende Beispiel zeigen. Der Gerichtsvollzieher, welcher den Schuldner A zu Gunsten einer Forderung des Gläubigers B im Betrag von 100 Mark pfändet, findet verschiedene Mobilien im Gesammtwert von 300 Mark vor. Der Vermieter C beansprucht in Ansehung dieser Mobilien ein Vorzugsrecht für eine Mietzinsforderung von 200 Mark. Der Gerichtsvollzieher wird hier das ganze Mobiliar pfänden, um aus dem Erlös sowohl den C als den B befriedigen zu können. Geräth er aber hiedurch nicht mit der Vorschrift in Widerspruch, wonach die Zwangsvollstreckung nicht weiter ausgedehnt werden darf, als es zur Befriedigung des Pfändungsgläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung erforderlich ist?[113]) Dies Bedenken fällt weg, wenn der bevorrechtigte Gläubiger C eine Anschlusspfändung vollziehen lässt;

---

Anwendung. Seuffert Civilprozessordnung 2. Aufl. Note 2c zu § 710 S. 846. Seuffert a. a. O. führt aus, dass im Falle der Auszahlung des Erlöses nach erhobener Klage der Klagsantrag auf Herauszahlung des Erlöses umzustellen sei und dass hierin eine unzulässige Klagsänderung nicht liege. Ich schliesse mich dieser Anschauung an, glaube aber bemerken zu sollen, dass die Person, gegen welche auf Herausgabe der Bereicherung zu klagen ist, mit der Person, gegen welche auf Anerkennung des Anspruchs auf vorzugsweise Befriedigung geklagt wurde, keineswegs notwendig identisch ist.

[113]) R. O. Pr. O. § 708.

aber hiezu bedarf er eines vollstreckbaren Titels, welcher ihm im Zeitpunkt der Geltendmachung des Vorzugsrechts nur ausnahmsweise zu Gebote stehen wird. Weit zweckmässiger erscheint der von der bayerischen Civilprozessordnung von 1869 eingeschlagene Weg, wonach für die Geltendmachung des Vorzugsrechts schlechthin die Form der Anschlusspfändung vorgeschrieben war.[114]) Es ist unbedenklich, zu diesem Zweck den bevorrechtigten Gläubiger sowohl von dem Erfordernis des Besitzes eines vollstreckbaren Titels als auch von dem Erfordernis der Fälligkeit der Forderung zu entbinden. Hiedurch wird für die Ausübung des Vorzugsrechts eine zweckmässige und bestimmte Form und eine angemessene zeitliche Grenze gewonnen. Zugleich wird der Gläubiger in das Vollstreckungs- und Verteilungsverfahren in verstärkter Weise hereingezogen, was der Natur des Vorzugsrechts als eines Privilegiums des Prozess- und Vollstreckungsrechts durchaus entsprechend ist.

Schliesslich wird der Einfluss einer nachträglichen Eröffnung des Konkurses auf die Ausübung der Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens zu erörtern sein. Es ist daran festzuhalten, dass die begonnene Zwangsvollstreckung durch die Einleitung des Konkursverfahrens in ihrem Fortgang nicht gehemmt wird. Die Konkurseröffnung schneidet daher auch die Ausübung von Vorzugsrechten des Zwangsvollstreckungsverfahrens keineswegs ab. Es ist nicht zutreffend, in solchen Fällen von einer Konkurrenz des Absonderungsrechts des Pfändungsgläubigers mit anderen Abson-

[114]) Artt. 920, 938 Ziff. 2.

derungsrechten zu sprechen; vielmehr sind es Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens, welche gegenüber dem Pfändungspfandrecht zur Geltung gebracht werden. Auch soweit ein absonderungsberechtigter Gläubiger, welcher nicht Pfändungsgläubiger ist, sich im Weg der Zwangsvollstreckung befriedigt, wird die Geltendmachung eines Vorzugsrechts des Zwangsvollstreckungsverfahrens wenigstens nicht unbedingt ausgeschlossen sein. Soweit dagegen der Konkursverwalter die Verwertung der Sache nach Massgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung betreibt, findet eine eigentliche Zwangsvollstreckung nicht statt und kann daher nur von der Ausübung von Vorzugsrechten des Konkursverfahrens, nicht auch von solchen des Zwangsvollstreckungsverfahrens die Rede sein. Andererseits wird die Geltendmachung der konkursrechtlichen Absonderungsansprüche durch ein im Konkurs stattfindendes Zwangsvollstreckungsverfahren an sich nicht berührt. Sie ist insbesondere auch dann noch möglich, wenn zwar das Zwangsvollstreckungsverfahren erledigt, jedoch aus diesem Verfahren ein Erlös in die Teilungsmasse geflossen ist.

## § 14.

## Die Vorzugsrechte des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens.

Die landesgesetzlichen Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren sind durch § 15 Ziff. 3 des Einführungsgesetzes zur Reichscivilprozessordnung ausdrücklich aufrecht erhalten worden.

Für das erbschaftliche Liquidationsverfahren im Geltungsbereich des Preussischen Allgemeinen

Landrechts sind nunmehr in Preussen neben den Vorschriften des Landrechts selbst die Bestimmungen des Gesetzes die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben etc. betreffend vom 28. März 1879, in Bayern die Art. 150 bis 157 des Gesetzes zur Ausführung der Reichscivilprozessordnung und Konkursordnung vom 23. Febr. 1879 massgebend.

Abweichend vom gemeinen Recht gestattet das Preussische Allgemeine Landrecht dem Benefizialerben und dem Nachlasspfleger nicht, die Erbschaftsgläubiger lediglich nach der Zeitfolge ihrer Meldung, solange der Nachlass zureicht, zu befriedigen. Die Bezahlung der Erbschaftsgläubiger hat vielmehr in derjenigen Ordnung zu erfolgen, welche „die Gesetze nach Beschaffenheit ihrer Forderungen vorschreiben.“[115]) Insbesondere darf der Nachlass nicht durch beliebige Zahlungen an irgend welche Gläubiger dergestalt erschöpft werden, dass er zur Befriedigung derjenigen Gläubiger, welchen die Gesetze „einen vorzüglichen Platz“ anweisen, unzureichend wird. Handelt der Benefizialerbe dieser Vorschrift entgegen, so kann er sich gegen solche, „vorzügliche Gläubiger“ auf die Rechtswohlthat des Inventars nicht berufen.[116]) Die Frage, wer diese vorzüglichen Gläubiger sind, beantwortet sich nunmehr nach der Reichskonkursordnung, deren Vorschriften an Stelle der bezüglichen Bestimmungen des älteren Konkursrechts getreten sind. Es kommen daher zunächst die Vorrechte der Reichskonkursordnung als allgemeine Vorzugsrechte des erbschaftlichen Liquida-

[115]) A. L. R. I, 9 §§ 452 bis 454.

[116]) A. L. R. I, 9 § 453.

tionsverfahrens in Betracht. Aber auch den besonderen Vorzugsrechten (Absonderungsrechten) des Konkurses kommt Wirksamkeit auch für das erbschaftliche Liquidationsverfahren zu.[117])

Soweit der Benefizialerbe die vorstehend erwähnte Haftung nicht scheut, sei es weil er den Nachlass für zureichend hält oder weil er den Ausfall zu tragen gewillt ist, findet ein weiteres Verfahren zur Ermittlung der Schuldenmasse und insbesondere der bevorrechtigten Forderungen nicht statt. In diesem Fall ist auch die Erhebung des Anspruchs auf vorzugsweise Befriedigung weder an eine bestimmte Form noch an eine bestimmte Frist gebunden. Allerdings kann nach der faktischen Erschöpfung des Nachlasses von einem Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus Mitteln des Nachlasses eigentlich nicht mehr die Rede sein. An Stelle dieses Anspruchs tritt dann eben eine direkt gegen den Benefizialerben gerichtete Forderung auf Zahlung desjenigen Betrages, welchen der Gläubiger erhalten haben würde, wenn der Nachlass nach der gesetzlichen Ordnung verteilt worden wäre.[118]) Diese Forderung hat die Natur einer Schadensersatzforderung. Will der Benefizialerbe sich gegen diese Haftung schützen, so dient ihm als Mittel zur Feststellung der Schuldenmasse überhaupt und der bevorrechtigten Forderungen insbesondere das Aufgebotsverfahren, welches speziell mit dem Namen des erbschaftlichen Liquidationsprozesses bezeichnet wird.

---

[117]) Preuss. Ausführungsgesetz zur deutschen Konkursordnung §§ 7, 8, 56.

[118]) A. L. R. I, 9 § 454.

Das Aufgebotsverfahren hat daher als Regel einen bezüglichen Antrag des Benefizialerben (oder Nachlasspflegers) zur Voraussetzung.[119]) Kommt es zu einem Aufgebot, so müssen auch die bevorrechtigten Forderungen durch Anmeldung in diesem Verfahren gewahrt werden. Hiebei ergibt sich eine erhebliche Verschiedenheit des preussischen und des preussisch-bayerischen Rechts. Nach den Vorschriften des preussischen Gesetzes ist Gegenstand der Ermittlung im Aufgebotsverfahren lediglich der Umfang der Forderungen an den Nachlass, nicht auch deren Rangordnung.[120]) Das Gesetz geht also von der Anschauung aus, dass es dem Benefizialerben ohnehin nicht schwer fallen werde, unter den angemeldeten Forderungen die bevorrechtigten Forderungen zu unterscheiden und bei Wegfertigung derselben die gesetzliche Rangordnung einzuhalten. Dagegen sind nach Vorschrift des bayerischen Gesetzes auch die Vorrangsrechte durch Anmeldung im Aufgebotsverfahren zu beanspruchen und die beanspruchten Vorrangsrechte im Aufgebotstermin zu erörtern, wobei etwaige Streitigkeiten der Austragung mittelst besonderen Rechtsstreits vorzubehalten sind.[121]) Diese Gestaltung des Aufgebotsverfahrens empfiehlt sich insofern, als sie auch in Fällen zweifelloser Ueberschuldung des Nachlasses den

---

[119]) A. L. R. I, 9 § 455, Preuss. Gesetz vom 28. März 1879 § 1, Bayerisches Gesetz vom 23. Februar 1879 Art. 153. Nach der letzteren Bestimmung kann der Benefizialerbe unter gewissen Umständen zur Stellung des Antrags von den Erbschaftsgläubigern angehalten werden.

[120]) Preuss. Ges. vom 28. März. 1879 § 12.

[121]) Bayer. Ges. vom 23. Februar 1879 Artt. 155, 156.

Nachlasskonkurs entbehrlich zu machen geeignet ist. Die Nichtanmeldung der bevorrechtigten Forderung im Aufgebotsverfahren hat zur Folge, dass der Gläubiger Befriedigung nur mehr insoweit verlangen kann, als der Nachlass nach Befriedigung aller angemeldeten Forderungen noch zureichend ist.[122]) Die an sich bevorrechtigten, aber nicht angemeldeten Forderungen treten daher im Rang hinter die nicht bevorrechtigten, aber angemeldeten Forderungen zurück. Soweit eine Befriedigung der im Aufgebotsverfahren nicht angemeldeten Forderungen noch stattzufinden hat, erfolgt sie nach der Zeitfolge der Geltendmachung. Doch wird der Benefizialerbe bei gleichzeitiger Geltendmachung einer bevorrechtigten und einer nicht bevorrechtigten Forderung, welche beide im Aufgebotsverfahren nicht angemeldet worden sind, wenigstens im Geltungsbereich des preussischen Gesetzes vom 28. März 1879 der bevorrechtigten Forderung den Vorzug zu geben haben, da die Unterlassung der Anmeldung lediglich den bereits oben erwähnten Rechtsnachteil zur Folge hat. Dagegen stehen im Geltungsbereich des bayerischen Gesetzes vom 23. Februar 1879 die sämmtlichen im Aufgebotsverfahren nicht angemeldeten Forderungen im Range gleich, weil das Gesetz die Nichtanmeldung ausdrücklich mit dem Verlust aller Vorrangsrechte bedroht.[123]) Die Erschöpfung des Nachlasses hat nach der Natur der Sache den endgiltigen Ausschluss jeder Forderung zur Folge. Ein Rückgriff eines bevorrechtigten Gläubigers gegen

[122]) Preuss. Ges. vom 28. März 1879 § 10, Bayer. Ges. vom 23. Februar 1879 Art. 155 Abs. 3.

[123]) Bayer. Ges. vom 23. Februar 1879 1879 Art. 155 Abs. 3.

einen nicht bevorrechtigten oder minder bevorrechtigten Gläubiger ist wohl nur dann denkbar, wenn der Benefizialerbe zum Nachteile des ersteren Gläubigers von der gesetzlichen Rangfolge abgewichen ist und wenn auch ein Vorgehen gegen den Benefizialerben selbst erfolglos geblieben ist.

Die Geltendmachung speziell der besonderen Vorzugsrechte des erbschaftlichen Liquidationsverfahrens vollzieht sich in ähnlicher Weise wie die der Absonderungsrechte des Konkurses. Die mit einem solchen Vorzugsrecht versehenen Gläubiger werden von dem Aufgebotsverfahren nicht berührt.[124]) Sie behalten auch im Aufgebotsverfahren die Befugnis, mittelst Zwangsvollstreckung ihre Befriedigung aus dem Erlös zu suchen, während im Uebrigen das Aufgebotsverfahren ein Verbot jeder Vollstreckung in den Nachlass und die vorläufige Einstellung der seit dem Tode des Erblassers bereits eingeleiteten Vollstreckungen zur Folge hat.[125]) Das Vorzugsrecht geht auch dadurch nicht verloren, dass der Benefizialerbe oder Nachlasspfleger die Sache, deren Erlös Gegenstand des Vorzugsrechts ist, zur Erbmasse gezogen hat, soweit nicht die Aufgabe des Gewahrsams der Sache seitens des Gläubigers etwa als ein Verzicht auf das Vorzugsrecht auszulegen ist. Hat der Benefizialerbe die Sache zu Gunsten der Erbschaftsmasse verwertet, so kann das Vorzugsrecht unmittelbar an dem in die Masse geflossenen Erlöse aus-

---

[124]) Preuss. Ges. vom 28. März 1879 § 11, Bayer. Ges. vom 23. Februar 1879 Art. 154 Abs. 2.

[125]) Preuss. Ges. vom 28. März 1879 § 1 Abs. 2 und 3 Bayer. Ges. vom 23. Februar 1879 Art. 154 Abs. 1.

geübt werden. Auch hier hat die Erschöpfung der Masse den thatsächlichen Ausschluss eines jeden Anspruchs auf vorzugsweise Befriedigung zur Folge.

Soweit die Durchführung der Nachlassliquidirung und insbesondere das Aufgebot der Nachlassgläubiger die Ueberschuldung des Nachlasses ergibt, kann auf Antrag eines Beteiligten das Liquidationsverfahren durch den Nachlasskonkurs abgelöst werden.[126]) In diesem Verfahren kann dann lediglich mehr von der Ausübung von Vorzugsrechten des Konkursverfahrens die Rede sein. Ein unerledigtes Aufgebotsverfahren, wird durch die Eröffnung des Nachlasskonkurses gegenstandslos. Das erledigte Aufgebotsverfahren bleibt rechtswirksam auch im Fall der nachträglichen Konkurseröffnung. Praktische Schwierigkeiten können sich aus dem Uebergang des Liquidationsverfahrens in den Konkurs bei der Gleichartigkeit der Vorzugsrechte des einen und des anderen Verfahrens nicht ergeben.

Das französische Recht gibt Vorschriften über die Liquidirung eines Nachlasses durch den Benefizialerben oder Nachlasspfleger in Buch III, Titel 1, Kap. 5, artt. 793 ff. des Code civil in Verbindung mit Teil II, Buch II des Code de procédure civile.

Zunächst ist daran zu erinnern, dass das französische Recht ein System von Privilegien innerhalb des bürgerlichen Rechts und ohne unmittelbare Beziehung auf ein bestimmtes Verfahren aufstellt. Es bedurfte daher keiner ausdrücklichen Rechtsvorschrift, um den Privilegien Rechtswirksamkeit auch insofern beizulegen,

[126]) R. K. O. § 202. Preuss. Ges. vom 28. März 1879 § 17.

als bei Liquidirung des Nachlasses durch den Benefizialerben und Nachlasspfleger zur Geltendmachung solcher Bevorrechtigungen Gelegenheit geboten ist. Selbstverständlich ist, dass auch in Ansehung der Nachlassliquidirung die Privilegien lediglich in derjenigen Gestalt auszuüben sind, welche ihnen seitens der Landesgesetzgebungen aus Anlass der Einführung der Reichsjustizgesetze gegeben worden ist. Hienach sind für Preussen sowohl die Generalprivilegien durch die Vorrechte der Reichskonkursordnung als auch die Spezialprivilegien an Mobilien durch die entsprechenden Absonderungsrechte des Konkurses ersetzt.[127]) Desgleichen sind für das französische Rechtsgebiet des bayerischen Staatsgebietes die bürgerlich-rechtlichen Spezialprivilegien mit den konkursrechtlichen Absonderungsrechten in Einklang gebracht. Dagegen hat die bayerische Landesgesetzgebung die Generalprivilegien des pfälzischen Rechts aufgehoben, ohne sie gleichzeitig durch die Vorrechte der Reichskonkursordnung zu ersetzen. Im Gebiete der Pfalz können daher allgemeine Vorzugsrechte bei der Liquidirung einer Erbmasse gegenüber dem Benefizialerben und Nachlasspfleger nicht ausgeübt werden.[128])

Das französische Recht geht im Gegensatz zu dem preussischen Recht davon aus, dass nicht der Benefizialerbe über das Vorhandensein bevorrechtigter Gläubiger sich zu vergewissern habe, sondern dass es Sache dieser letzteren sei, Forderung und Bevorrechtigung gegenüber

---

[127]) Preuss. Ausführungsgesetz zur deutschen Konkursordnung vom 6. März. 1879 §§ 7, 8.

[128]) Bayer. Ausführungsgesetz zur R. C. Pr. O. und K. O. vom 23. Februar 1879 artt. 198, 199.

der Gefahr einer Erschöpfung des Nachlasses rechtzeitig zu wahren. Der Benefizialerbe kann daher die Erbschaftsgläubiger nach der Zeitfolge ihrer Meldung befriedigen, insolange nicht von Seiten der Erbschaftsgläubiger selbst hiegegen Einsprache erhoben wird.[129]) Auf erhobene Einsprache hat er sie nach der gesetzlichen Rangordnung zu befriedigen, welche erforderlichenfalls durch den Richter bestimmt wird.[130]) Bei gleichem Range der Gläubiger hat Befriedigung nach Verhältnis der Forderungen einzutreten. Dieses Verfahren muss sich bei dem Mangel eines Aufgebots der Erbschaftsgläubiger nach der Natur der Sache auf diejenigen Gläubiger beschränken, welche Einsprache erhoben oder sich dem auf erhobene Einsprache eingeleiteten Verfahren nachträglich angeschlossen haben. Es ist demnach auch eine Wiederholung dieses Verfahrens im Lauf der Nachliquidirung nicht ausgeschlossen. Die Unmöglichkeit der Geltendmachung von Forderung und Vorzugsrecht tritt auch hier erst dann ein, wenn der Nachlass oder richtiger der Wert des Nachlasses[131]) durch Zahlungen vollständig erschöpft ist. Ein Rückgriff eines bevorrechtigten Erbschaftsgläubigers gegen einen nicht bevorrechtigten Erbschaftsgläubiger, welcher ihm in der Geltendmachung der Forderung gegenüber der Nachlassmasse zuvorgekommen ist, findet nicht statt.[132])

---

[129]) Code civil art. 808 Abs. 2.

[130]) Code civil art. 808 Abs. 1.

[131]) Code civil art. 802 Ziff. 1.

[132]) Art. 809 Abs. 1 liess in seiner ursprünglichen Fassung einen solchen Rückgriff unter gewissen Voraussetzungen zu, aber

Der Gläubiger, welcher mit einem besonderen Vorzugsrecht versehen ist, wird auch im Geltungsbereiche des französischen Rechts regelmässig in der Lage sein, sich aus der Sache, deren Erlös Gegenstand des Vorzugsrechts ist, selbständig im Wege der Zwangsvollstreckung zu befriedigen. Gelangt die Sache in die Nachlassmasse, so wird hiedurch die Ausübung des Vorzugsrechts nicht abgeschnitten, insolange nur die Sache selbst oder der Erlös der Sache in den Händen des Benefizialerben oder Nachlasspflegers vorhanden ist. Uebrigens ist daran zu erinnern, dass das französische Recht den Vorzugsrechten in Ansehung des unbeweglichen Vermögens die Wirkung von Hypotheken und bezw. Hypothektiteln beigelegt hat. Zum Schutze der besonderen Vorzugsrechte dienen auch die Vorschriften, welche das französische Recht bezüglich der Veräusserung von Nachlassgegenständen seitens des Benefizialerben zunächst gegenüber der Gefahr einer Verschleierung des Wertes des Nachlasses getroffen hat. Hienach dürfen Immobilien durch den Benefizialerben nur auf Grund besonderer richterlicher Verstattung und nach vorgängiger amtlicher Abschätzung zum Verkauf gebracht werden.[133]) Der Verkauf ist mittelst öffentlicher Versteigerung zu vollziehen. Ebenso dürfen Mobilien nur unter Beobachtung der für öffentliche Versteigerungen gegebenen Vorschriften veräussert werden.[134])

die bezügliche Stelle wurde gestrichen. Dass die Erbschaftsgläubiger einen Rückgriff gegen die Vermächtnisnehmer haben müssen — art. 809 Abs. 1 und 2 — ist selbstverständlich.

[133]) Code civil art. 806, Code de procédure civile art. 987, 988; für die Pfalz Gesetz, die Förmlichkeiten bei Anlegung und Abnahme der gerichtlichen Siegel etc. betr. vom 11. Sept. 1825.

Der Benefizialerbe geht der Rechtswohlthat verlustig, sofern er diesen Beschränkungen zuwiderhandelt. Die öffentliche Versteigerung bietet insbesondere dem Gläubiger, welcher mit einem Vorzugsrecht in Ansehung des unbeweglichen Vermögens versehen ist, die bequemste Gelegenheit zur Wahrung seines Rechts an dem Erlös.[135]) Bezüglich des Einflusses der Eröffnung des Nachlasskonkurses dürfte auf das für das erbschaftliche Liquidationsverfahren des preussischen Rechts Bemerkte zu verweisen sein.

Können auch im Geltungsbereiche des gemeinen Rechts anlässlich der Befriedigung der Erbschaftsgläubiger durch den Benefizialerben oder Nachlasspfleger Vorzugsrechte ausgeübt werden? Diese Frage ist vorbehaltlich etwaiger landesgesetzlicher Regelung zu verneinen. Da die Liquidirung des Nachlasses durch den Benefizialerben auch im gemeinen Recht der Natur eines Befriedigungsverfahrens nicht völlig entbehrt, so wäre die Zulassung von Vorzugsrechten an sich möglich gewesen. Aber das Gesetz hat von dieser Möglichkeit der Gewährung von Vorzugsrechten keinen Gebrauch gemacht. Es bestimmt vielmehr gerade im Gegenteil, dass der Benefizialerbe einerseits verbunden und andrerseits befugt sei, die Erbschaftsgläubiger nach der Zeitfolge ihrer Meldung zu befriedigen, solange der Nachlass zureicht.[136]) Lediglich dem Hypothekgläubiger wahrt das Gesetz ausdrücklich den Rückgriff gegen andere Erbschaftsgläubiger, sofern er durch deren früh-

[134]) Code civil art. 805, Code de procédure civile art. 989.
[135]) Code de procédure civile artt. 990, 991.
[136]) L. 22 § 4 C. de iure del. 6. 30.

zeitigeren Zugriff verkürzt worden ist.[137]) Gegenüber so klaren gesetzlichen Bestimmungen halte ich es nicht für zulässig, auf dem Wege der Auslegung die für den Konkursfall gewährten Privilegien auf den Fall der Nachlassliquidirung zu übertragen. Es würde dies gegen den Satz verstossen, dass Rechtsvergünstigungen stets aufs engste auszulegen sind.[138])

Besonders schwierig gestaltet sich die Beantwortung der Frage für den Geltungsbereich des bayerischen Landrechts. In Teil III, Kap. 1 § 18 Nr. 10 dieses Gesetzbuchs wird bestimmt, dass der Benefizialerbe in Entrichtung der Erbschaftsschulden die Priorität zu beobachten nicht schuldig sei, sofern nur genügende Kaution von den Erbschaftsgläubigern geleistet wird. Da nun unter Priorität jede Art des Vorrangs sowohl auf Grund einer Hypothek als auf Grund eines blossen Privilegiums verstanden sein kann, so lässt diese Stelle wohl die Auslegung zu, dass auch die blossen Privilegien mit Wirksamkeit für den Fall der Nachlassliquidirung versehen sein sollen. Die Anmerkungen zum

---

[137]) L. 22 § 6 C. de iure del. 6. 30.

[138]) Anders Windscheid Pandekten III 7, Aufl. § 606 Note 11 S. 202. Roth, Bayer. Civilrecht § 370 S. 721, 722. Windscheid führt aus, dass Justinian zwar nur die Pfandgläubiger ausdrücklich den übrigen Gläubigern vorziehe; es sei jedoch offenbar in seinem Sinne, dass auch die privilegirten Chirographargläubiger das Recht haben sollen, von den gewöhnlichen Chirographargläubigern das Gezahlte zurückzufordern. Aber ist diese Meinung Justinians auch im Gesetz zum Ausdruck gebracht? Gerade Windscheid weist mit Recht die Anschauung zurück, dass die Antretung sub beneficio inventarii ohne Weiteres die Einleitung eines konkursähnlichen Verfahrens und die Verteilung der Masse nach Konkursgrundsätzen zur Folge habe.

bayerischen Landrecht führen zu der vorerwähnten Stelle aus, dass der Erbe, welcher cum inventario angetreten habe, in Entrichtung der Erbschaftsschulden jura prioritatis unter den Erbschaftsgläubigern zu beobachten nicht schuldig sei, vielmehr auch minus privilegiatum, welcher sich eher meldet, vor magis privilegiato bezahlen könne, dass jedoch magis privilegiatus einen Regress gegen minus privilegiatum habe und subsidiär auch gegen den Benefizialerben, sofern dieser es unterlassen hat, hinlängliche Kautionsstellung zu verlangen. Es scheint mir hienach nicht zweifelhaft, dass der Gesetzgeber des bayerischen Landrechts auch die blossen Privilegien als wirksam für das Verhältnis der Erbschaftsgläubiger unter sich und gegenüber dem Benefizialerben erachtet hat. Aber es bleibt die Thatsache bestehen, dass diese Anschauung im Gesetz selbst nicht mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht ist. Uebrigens scheint die bayerische Praxis geneigt, auch abgesehen von einer bestimmten gesetzlichen Grundlage in gewissen Fällen der gerichtlichen Erledigung eines Nachlasses den Vorschriften der Konkursordnung über die Rangfolge der Gläubiger eine analoge Anwendung ausserhalb des Konkurses zuzugestehen.[139]) Es sind dies solche Fälle, in welchen der Nachlass überschuldet, jedoch ein Nachlasskonkurs entweder nicht beantragt oder nicht durchführbar ist. Es wird geltend gemacht, dass für ein derartiges konkursähnliches Verfahren zwar eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehle, dass aber dem Verlassen-

[139]) Wagner, Handbuch des amtsgerichtlichen Verfahrens in der freiwilligen Rechtspflege. S. 151, 152.

schaftsgericht kein anderer Ausweg bleibe, als die Nachlassbehandlung mittelst eines derartigen Verfahrens zu Ende zu führen. Diese Ausführungen sind indessen keineswegs überzeugend. Einer analogen Anwendung der Rangordnung des Konkurses ausserhalb des Konkursverfahrens steht vor allem die Natur der Vorrechte als Privilegien entgegen. Soweit trotz gegebener Ueberschuldung ein Konkursverfahren nicht thunlich ist, müssen eben diejenigen Rechtsgrundsätze, welche für die Konkurrenz von Gläubigern ausserhalb des Konkurses gelten, massgebend sein. Es wird daher im allgemeinen der frühere Zugriff eines Gläubigers entscheiden müssen.

# IV.
# Anhang.

## § 15.
## Die Vorzugsrechte im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Zum Schluss möge es gestattet sein, einen Blick auf die Stellung der Vorzugsrechte im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich zu werfen.

Bezüglich der allgemeinen Vorzugsrechte belässt es der Entwurf bei der durch die Reichskonkursordnung getroffenen Regelung. Er versieht die Vorrechte des Konkursverfahrens zugleich mit Wirksamkeit für den Fall, dass der Erbe das Inventarrecht geniesst, der Nachlass zur vollständigen Befriedigung der Erbschaftsgläubiger nicht zureicht, ein Nachlasskonkurs aber gleichwohl nicht eröffnet wird. In diesem Fall kann nämlich der Erbe mittelst einer „Abzugseinrede" dem Erbschaftsgläubiger denjenigen Betrag in Abzug bringen, mit welchem der Gläubiger im Nachlasskonkurs ausgefallen sein würde.[140]) Den bevorrechtigten Gläubigern vermag daher der Inventarerbe

[140]) Entwurf § 2133.

die Abzugseinrede nicht oder doch nur in den seltenen Fällen entgegenzusetzen, in welchen der Nachlass nicht einmal zur vollständigen Deckung der bevorrechtigten Forderungen zureichen sollte. Materiell ist diese Vorschrift wohl nicht zu beanstanden. Formell ist sie insofern zu tadeln, als der Entwurf sich der Fiktion eines Nachlasskonkurses bedient, um über die Notwendigkeit hinwegzukommen, die Geltendmachung von Vorzugsrechten bei der Liquidirung eines Nachlasses in eingehenderer Weise zu normiren. Es entspricht dies allerdings der Vorliebe, mit welcher der Entwurf auch anderweitig von dem Hilfsmittel der Fiktion Gebrauch gemacht hat.[141])

Mit den besonderen Vorzugsrechten, soweit sie den Erlös unbeweglichen Vermögens zum Gegenstand haben, beschäftigt sich nicht der Entwurf selbst, wohl aber der ihm nachgefolgte Sonderentwurf eines Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Der Gesetzentwurf gewährt — in § 9 Ziffer 2 — ein reichsgesetzliches Vorzugsrecht allen „Ansprüchen wegen der öffentlichen Abgaben und der öffentlichen Lasten des Grundstücks." Welche Abgaben und Lasten zu den öffentlichen Abgaben und öffentlichen Lasten des Grundstücks gehören, bestimmt sich nach der Landesgesetzgebung. Die Zulassung bestimmter weiterer Vorzugsrechte wird — in §§ 236 mit 238 des Gesetzentwurfs — der Landes-

[141]) Vergl. Gierke Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich, Neue Folge XII S. 889.

gesetzgebung freigestellt. Dagegen schliesst § 235 des Gesetzentwurfs die Schaffung anderer als der in den §§ 236 mit 238 genannten Vorzugsrechte seitens der Landesgesetzgebung aus. Ein Vorzugsrecht vor den Realgläubigern geniessen — nach § 10 Ziffer 2 und § 14 — „die Ansprüche wegen der laufenden und der aus den letzten zwei Jahren rückständigen Beträge öffentlicher Abgaben und öffentlicher Lasten". Den älteren Rückständen glaubt der Gesetzentwurf — in § 10 Ziffer 5 — wenigstens ein Vorzugsrecht hinter den Realgläubigern und Beschlagnahmegläubigern nicht versagen zu sollen. Der Wert dieser Gabe dürfte doch recht zweifelhaft sein! In § 10 Absatz 2 wird schliesslich der Landesgesetzgebung vorbehalten, die öffentlichen Abgaben und Lasten in eine engere Rangordnung zu bringen. Die nach obigem reichs- oder landesgesetzlich zugelassenen Vorzugsrechte werden — in §§ 9 und 10 des Gesetzentwurfs — zugleich mit den „Ansprüchen aus Reallasten, Hypotheken und Grundschulden" und zugleich mit dem „Anspruch des Gläubigers, zu dessen Gunsten die Beschlagnahme erfolgt ist", unter den gemeinsamen Begriff der „Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Grundstück" zusammengefasst. Allerdings sieht sich der Gesetzentwurf in § 235 selbst wieder genötigt, die eigentlichen Vorzugsrechte in nicht sehr wohllautender Weise als Rechte auf vorzugsweise Befriedigung zu unterscheiden, welche für „andere Ansprüche als die in einem Recht an dem Grundstück sich gründenden" gewährt sind. Soweit der Gesetzentwurf von „Rechten auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Grundstück" spricht, bedienen sich

die Motive — S. 90 ff., 168 ff. — durchweg auch der kürzeren Bezeichnung als „Vorzugsrechte." Sie verwenden diesen Ausdruck demnach zur Bezeichnung der Rangstellung sowohl solcher Forderungen, welche durch ein dingliches Recht an dem Grundstück gesichert sind als auch solcher Forderungen, mit welchen ein dingliches Recht an dem Grundstück nicht verbunden ist. Insbesondere glauben die Motive auch für das Recht des Beschlagnahmegläubigers auf Befriedigung aus dem Erlös des Grundstücks den Begriff des „Vorzugsrechts" nicht entbehren zu können.

Diese Vorschriften enthalten in materieller Beziehung sicherlich keinen Fortschritt gegenüber dem geltenden Recht der grösseren Bundesstaaten. In formeller Beziehung müssen gegen die Terminologie des Gesetzentwurfs dieselben Bedenken wie gegen die ähnliche Terminologie der bayerischen Subhastationsordnung erhoben werden. Es kann nur verwirrend wirken, wenn die durchaus verschiedenartigen Rechte der Realgläubiger, der Beschlagnahmegläubiger und der Gläubiger, welche mit einem eigentlichen Vorzugsrecht versehen sind, unter einen einheitlichen Begriff gestellt werden. Dass ein solcher gemeinsamer Begriff recht wohl entbehrt werden kann, zeigt das Beispiel der preussischen Subhastationsordnung. Glaubt man zur Bezeichnung des Rechts des Beschlagnahmegläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstück durchaus einen terminus technicus schaffen zu müssen, so wähle man einen solchen, welcher die Verwechslung mit den eigentlichen Vorzugsrechten auszuschliessen geeignet ist!

Die Regelung der besonderen Vorzugsrechte,

welche den Erlös beweglicher Vermögensstücke zum Gegenstand haben, fällt zweifellos in den Rahmen der dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches einschliesslich des Einführungsgesetzes gestellten Aufgabe. Gleichmässig zur Regelung des bürgerlichen Rechts wie zu der hievon nicht zu trennenden Sichtung des Prozessrechts und Konkursrechts berufen, war der Entwurf durchaus in der Lage, die provisorischen Vorschriften der Reichsjustizgesetzgebung in der vorwürfigen Materie durch eine abschliessende Normirung zu ersetzen. Insbesondere musste er zwischen den konkurrirenden Rechtsinstituten der besonderen Vorzugsrechte und der gesetzlichen Pfandrechte sich endgiltig entscheiden. Hiebei stand dem Entwurf ein dreifacher Weg offen. Er konnte auf die Zulassung besonderer Vorzugsrechte in Ansehung des Erlöses beweglicher Vermögensstücke überhaupt verzichten und sich mit der Gewährung einer grösseren Anzahl von gesetzlichen Pfandrechten begnügen; oder er konnte dem Rechtsinstitut der besonderen Vorzugsrechte Aufnahme gewähren und dasselbe nach dem Vorgang des französischen Rechts als ein dem Pfandrecht verwandtes Rechtsinstitut des bürgerlichen Rechts gestalten; oder er konnte schliesslich nach Massgabe der hier vertretenen Anschauung die besonderen Vorzugsrechte in unmittelbarer Verbindung mit den für die verschiedenen Formen eines Befriedigungsverfahrens gegebenen Vorschriften regeln. Es ist schwer zu sagen, welchen dieser drei Wege der Entwurf eigentlich eingeschlagen hat. Jedenfalls steht soviel fest, dass er keinen derselben in folgerichtiger Weise zu Ende gegangen ist.

Der Entwurf hat gesetzliche Pfandrechte an beweglichen Sachen in weitgehender Weise aufgenommen.[142]) Ein gesetzliches Pfandrecht haben der Vermieter und Verpächter an der eingebrachten Fahrnis des Mieters und Pächters, der Verpächter auch an den Früchten des Pachtgrundstücks, der Pächter an der Wirtschaftseinrichtung, der Hersteller eines Werks an der gefertigten oder ausgebesserten Sache, der Gastwirt an den eingebrachten Sachen des Gastes. Dies hat zunächst für das Konkursverfahren zur Folge, dass die absonderungsberechtigten Gläubiger der Reichskonkursordnung nach dem Entwurf fast sämmtlich schon ausserhalb des Konkurses mit einem vertragsmässigen, gesetzlichen oder richterlichen Pfandrecht versehen sind.[143]) In der Anerkennung dieser Pfandrechte im Konkurs vermag nach Inhalt der früheren Ausführungen die Gewährung besonderer Vorzugsrechte nicht erblickt zu werden. Da auch das den öffentlichen Kassen wegen öffentlicher Abgaben in Ansehung der zurückbehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Gegenstände zustehende Recht wohl als ein Pfandrecht anzusprechen ist und da weiter die Zurückbehaltungs-

---

[142]) Entwurf §§ 521, 536, 543, 574, 628.

[143]) K. O. § 41 (neuer Fassung) in Art. 13 des Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch. Es kommt übrigens den gesetzlichen Pfandrechten des Vermieters und Verpächters im Konkurs nur eine beschränkte Wirkung zu, indem das Absonderungsrecht wegen desjenigen Mietzinses oder Pachtzinses nicht beansprucht werden kann, welcher auf eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens entfällt. Dadurch wird ein dem Vorzugsrecht entlehntes Moment, nämlich das Erfordernis einer zeitlichen Qualifikation der Forderung, auf das gesetzliche Pfandrecht übertragen.

rechte des Handelsgesetzbuchs von gesetzlichen Pfandrechten kaum zu unterscheiden sind, so bleibt eigentlich nur die Ersatzforderung wegen Verwendung in den Nutzen der Sache — § 41 Ziffer 7 der K.-O. — übrig, welche eines besonderen Rechtsschutzes im Konkursverfahren bedürftig ist. Warum der Entwurf gerade in diesem Fall ein gesetzliches Pfandrecht nicht gewährt hat, ist unerfindlich. Dasselbe würde sich dem Pfandrechtssystem des Entwurfs leichter als verschiedene andere vom Entwurf zugelassene gesetzliche Pfandrechte eingefügt haben. Neben dem Fall des § 41 Ziffer 7 der K.-O. kommt etwa noch dem Absonderungsrecht der mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigentum, einer Gesellschaft oder einer anderen Gemeinschaft stehenden Personen in Ansehung des Anteils des Gemeinschuldners — § 44 der K.-O. — auch im System des Entwurfs die Natur eines besonderen Vorzugsrechts zu. Ein Absonderungsrecht und bezw. Vorzugsrecht der Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer an Nachlasstücken sieht der Entwurf nicht vor. Statt dessen gewährt er den Nachlassgläubigern und Vermächtnisnehmern die Befugnis, auch dann auf Eröffnung eines gesonderten Nachlasskonkurses anzutragen, wenn der Nachlass gar nicht überschuldet ist.[144]) Schliesslich ist zu bemerken, dass der Entwurf die Terminologie der Reichskonkursordnung unverändert beibehalten hat und daher von „Vorzugsrechten" auch dort nicht spricht, wo ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung auf ein Vorzugsrecht im Sinne der gegenwärtigen Darstellung zurückzuführen ist.

[144]) K. O. § 43 (neuer Fassung), Entwurf § 2150.

Geradezu rätselhaft ist sodann die Behandlung der besonderen Vorzugsrechte im Zwangsvollstreckungsverfahren in das bewegliche Vermögen. Der Entwurf lässt die §§ 709 und 710 der Reichszivilprozessordnung nach wie vor von „Pfand- und Vorzugsrechten" sprechen. Mit welchen Forderungen aber derartige Vorzugsrechte künftig verbunden sein sollen, wird nirgends gesagt. Ebensowenig findet sich eine allgemeine Vorschrift, wonach alle oder doch gewisse Absonderungsansprüche des Konkursverfahrens im Zwangsvollstreckungsverfahren als Vorzugsrechte wirksam sein sollen.[145]) Zwar wird im Entwurf selbst an zwei Stellen des allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse der Vorzugsrechte Erwähnung gethan. Zunächst wird — in § 297 — die früher berührte Streitfrage, ob auch der Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gläubigers das Vorzugsrecht beanspruchen könne, auch für den Fall der Sondernachfolge in die Forderung ausdrücklich zu Gunsten des Rechtsnachfolgers entschieden. Sodann wird — in § 317 Absatz 2 — der Satz aufgestellt, dass im Fall der Schuldübernahme das Vorzugsrecht in Wegfall komme. Aber auch hier bleibt unerörtert, mit welchen Forderungen künftighin ein Vorzugsrecht verbunden sein soll. Es erübrigt daher wohl nur die Annahme, dass der Entwurf hier die Vorrechte der §§ 54 und 55 der Reichskonkursordnung vor Augen gehabt

---

[145]) Nur der Vorrang des privilegirten Absonderungsrechtes aus § 41 Ziffer 1 der K. O. wird durch Art. 15 des Entwurfes eines Einführungsgesetzes mit Wirksamkeit auch ausserhalb des Konkurses versehen.

habe.[146]) Hat nun der Entwurf die Zulassung besonderer Vorzugsrechte des Zwangsvollstreckungsverfahrens in das bewegliche Vermögen etwa für entbehrlich erachtet? Allerdings besteht im Hinblick auf die zahlreichen gesetzlichen Pfandrechte des Entwurfs nur ein geringes Bedürfnis zur Gewährung solcher Vorzugsrechte. Aber dann wären die Vorzugsrechte aus den §§ 709 und 710 der R.-C.-Pr.-O. zu streichen gewesen. Oder wollte der Entwurf, während er selbst Vorzugsrechte für das Zwangsvollstreckungsverfahren in das bewegliche Vermögen nicht aufstellt, gleichwohl den Landesgesetzgebungen die Möglichkeit der Zulassung solcher Vorzugsrechte offen halten? Dies scheint in der That die einzig mögliche Erklärung zu sein. Denn auch in § 12 neuer Fassung der Reichskonkursordnung wird neben den Pfandrechten und Zurückbehaltungsrechten auch der Vorzugsrechte Erwähnung gethan und wird dies damit begründet,[147]) es sei hier, wie bisher so auch fernerhin „der Vorzugsrechte zu gedenken,

---

[146]) Vergl. Fischer Recht und Rechtsschutz in Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches, 6. Heft S. 37, ferner Seuffert die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechtes im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, ebendort 11. Heft S. 40, 41. Fischer verlangt unter Negirung der privatrechtlichen Natur der Vorzugsrechte mit Recht die Uebertragung der Vorschrift des § 297 in die Konkursordnung. Ebenso ist Seuffert beizustimmen, wenn er den Grundsatz des § 317 Abs. 2 als selbstverständlich und dessen Aufnahme in das Gesetzbuch als überflüssig bezeichnet. Soweit ein Vorzugsrecht gegen den Schuldübernehmer wirksam sein soll, wie dies im Fall des Art 37 Absatz 1 der Novelle zur bayerischen Subhastationsordnung vorkommen kann, bedarf es besonderer gesetzlicher Bestimmung.

[147]) Motive zum Entwurf eines Einführungsgesetzes S. 110.

weil, wenn auch deren Erwähnung hauptsächlich auf die Vorzugsrechte des französischen Rechts sich bezieht, doch künftig noch andere Vorzugsrechte in Frage kommen können, falls die Landesgesetzgebung in Ansehung der ihrer Regelung überlassenen Materien solche Rechte schafft oder zulässt.“ Es mag unerörtert bleiben, in wie weit für die Zulassung solcher landesgesetzlicher Vorzugsrechte ein Bedürfnis besteht. Jedenfalls muss es befremdlich sein, wenn die „Vorzugsrechte“ künftighin in erster Linie zur Bezeichnnng gewisser landesgesetzlicher Bevorrechtigungen dienen sollen, während für die reichsgesetzlich zu gewährenden Bevorrechtigungen auch fernerhin die Bezeichnungen als „Vorrechte“ und als „Absonderungsrechte“ beibehalten werden. Ein solcher Sprachgebrauch wäre um so verwirrender, als der Entwurf selbst wieder allgemeine Rechtsvorschriften für „Vorzugsrechte“ aufstellt.

Uebrigens lassen die wenigen Stellen, an welchen der Entwurf der Vorzugsrechte gedenkt, hinlänglich entnehmen, dass die Auffassung der Vorzugsrechte als eines den Pfandrechten nahe verwandten Rechtsinstituts des bürgerlichen Rechts im Entwurf keineswegs überwunden ist. Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Fassung der §§ 709 und 710 der Reichscivilprozessordnung, welche der Entwurf unverändert lässt, auf der oben gekennzeichneten Anschauung beruht. In § 12 neuer Fassung der Reichskonkursordnung hält der Entwurf es auch fernerhin für notwendig, die Begründung von Vorzugsrechten nach dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung ausdrücklich auszuschliessen. In den §§ 297 und 317 des Entwurfs werden die Vorzugsrechte zwar

den Pfandrechten als „blosse“ Vorzugsrechte gegenübergestellt. Doch werden sie auch hier als mit der Forderung verbunden schon in dem Zeitpunkt gedacht, wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs noch nicht eröffnet ist. Schon vor dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung gehen sie mit der Uebertragung der Forderung auf den neuen Gläubiger über. Dieser Sprachgebrauch zeigt deutlich, dass der Entwurf geneigt ist, den Vorzugsrechten in irriger Weise die Natur wohlerworbener Rechte auch schon vor der Einleitung eines Befriedigungsverfahrens zuzugestehen.

Die Behandlung der Vorzugsrechte seitens des Entwurfs darf nach den vorstehenden Ausführungen als der Folgerichtigkeit entbehrend und als in hohem Grade unbefriedigend bezeichnet werden. Möge auch in Ansehung dieses sehr bescheidenen Bruchstücks des Rechtssystems eine Reform des Entwurfs Wandel schaffen!